

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
FACULDADE NACIONAL DE DIREITO

DIREITO PENAL DO INIMIGO E O CRIME DE CORRUPÇÃO:
NOVOS INIMIGOS?

JEAN FRANCISCO DA SILVA SOUZA

RIO DE JANEIRO
2019/ 2º SEMESTRE

JEAN FRANCISCO DA SILVA SOUZA

**DIREITO PENAL DO INIMIGO E O CRIME DE CORRUPÇÃO:
NOVOS INIMIGOS?**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção de grau de Bacharel em Direito, sob a orientação do **Professor Dr. Antônio Eduardo Ramires Santoro**.

RIO DE JANEIRO
2019/ 2º SEMESTRE

JEAN FRANCISCO DA SILVA SOUZA

CIP - CATALOGAÇÃO NA PUBLICAÇÃO

D725m Souza, Jean Francisco da Silva
DIREITO PENAL DO INIMIGO E O CRIME DE CORRUPÇÃO: NOVOS INIMIGOS? /. Jean Francisco da Silva Souza -- Rio de Janeiro, 2019.

63 f.

Orientador: Antônio Eduardo Ramires Santoro.
Trabalho de conclusão de curso (graduação)
Universidade Federal do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito, Bacharel em Direito, 2019

1. Direito Penal do Inimigo; 2. Operação Lava Jato; 3. Corrupção; 4. Princípio da Presunção de Inocência; 5. Delação Premiada.

I. Santoro, Antônio Eduardo Ramires, orient. II. Título.

ELABORADO PELO SISTEMA DE GERAÇÃO AUTOMÁTICA DA UFRJ COM OS DADOS FORNECIDOS PELO(A) AUTOR(A), SOB A RESPONSABILIDADE DE MIGUEL ROMEU AMORIM NETO - CRB-7/6283.

JEAN FRANCISCO DA SILVA SOUZA

**DIREITO PENAL DO INIMIGO E O CRIME DE CORRUPÇÃO:
NOVOS INIMIGOS?**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do **Professor Dr. Antônio Eduardo Ramires Santoro**.

Data da Aprovação: __/__/____.

Banca Examinadora:

Orientador: Professor Dr. Antônio Eduardo Ramires Santoro.

Membro da Banca

Membro da Banca

**RIO DE JANEIRO
2019/ 2º SEMESTRE**

AGRADECIMENTOS

Aos meus amigos da Faculdade Nacional de Direito, que me ajudaram a ampliar meus horizontes.

À esta Universidade, seu corpo docente, direção e administração pela oportunidade de fazer parte desta instituição histórica.

Aos amigos que sempre estiveram por perto tornando essa jornada mais leve.

À minha namorada pelo incentivo de sempre buscar o meu melhor.

Aos meus pais, por me darem o apoio e suporte necessários para que eu esteja aqui hoje concluindo esta faculdade.

Ao meu irmão por ter me aturado nesses anos de convívio.

À minha irmã pelo apoio emocional e pelo pequeno suporte financeiro.

Ao meu sobrinho pelo carinho, seu tio te aguarda daqui a alguns anos, na sua própria formatura.

Ao meu orientador pelo posicionamento frente às incongruências do país, que me inspirou a escrever este texto.

Ao saudoso presidente Lula, que com seus programas de governo tonou possível que eu entrasse nesta Universidade.

RESUMO

A presente monografia tem como objetivo o estudo da tese do Direito Penal do Inimigo e sua relação com o crime de corrupção, em especial a partir da operação Lava Jato, a qual surpreendeu pela maneira como visava neutralizar os esquemas de corrupção no Brasil. A questão demonstra peculiar razão de ser debatida, uma vez que o Supremo Tribunal Federal modificou seu entendimento acerca da prisão antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, em 2016, no auge da operação, o que esvaziou o princípio da presunção de inocência. Além disso, o instituto da delação premiada ganhou apreço dentro do Processo Penal Brasileiro, apesar de todas as incongruências do método com a Constituição Federal de 1988 e foi uma das ferramentas mais utilizadas para legitimar a atuação de diversas medidas judiciais. Por abordar tanto a questão histórica como a atual, faz-se necessária a compreensão de teses que forneceram subsídios para que fossem criados inimigos na sociedade. Por fim, merece destaque a atuação do jornal The Intercept Brasil, com vazamentos sobre os bastidores da grande operação que modificou os rumos do País.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Penal do Inimigo; Operação Lava Jato; Corrupção; Princípio da Presunção de Inocência; Delação Premiada;

ABSTRACT

This monograph aims to study the Enemy's Criminal Law thesis and its relationship with the crime of corruption, especially from the Lava Jato operation, which surprised by the way it aimed to neutralize corruption schemes in Brazil. The issue demonstrates a peculiar reason to be debated, since the Federal Supreme Court changed its understanding of the arrest before the final judgment was sentenced in 2016, at the height of the operation, which emptied the presumption of innocence principle. In addition, the plea bargain institute gained appreciation within the Brazilian Criminal Procedure, despite all the method's inconsistencies with the 1988 Federal Constitution and was one of the most widely used tools to legitimize the performance of various judicial measures. By addressing both the historical and the current issues, it is necessary to understand theses that provided subsidies to create enemies in society. Finally, the performance of The Intercept Brasil newspaper deserves mention, with leaks behind the scenes of the large operation that changed the direction of the country.

KEYWORDS: Enemy's Criminal Law; Lava Jato Operation; Corruption; Presumption of Innocence Principle; Plea Bargain;

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
1 – O COMBATE DO INIMIGO	18
1.1 Os penalistas antecedentes ao nazismo	19
1.2 Edmund Mezger	23
2 - O DIREITO PENAL DO INIMIGO EM JAKOBS	32
2.1 A justificação do inimigo na sociedade	34
2.2 A política criminal do inimigo e Foucault	38
3 – O NOVO INIMIGO NO CONTEXTO PÓS LAVA-JATO	42
3.1 Da prisão antes do trânsito em julgado	43
3.2 Da delação premiada ao inimigo corrupto	50
CONCLUSÃO	58
REFERÊNCIAS	60

INTRODUÇÃO

O início de uma trajetória é sempre marcado por inúmeras descobertas ao longo do caminho. Em suma, você nasce, cresce, absorve conhecimentos e vira adulto. Adulto, não no sentido contemplativo, mas objetivo, já que sua idade não te permite ser o que era no passado.

A principal consequência dessa jornada é perda da ideia de que o mundo é um lugar generoso ou até simples. Em verdade, existem estruturas de poder complexas e enraizadas em cada porção de terra, que ditam como as coisas devem ser, e possuem significativa influência na gestão do futuro de milhares de pessoas.

Neste contexto, por trás da ideia de pureza¹, seja de raça, seja do que for, existe a dicotomia entre o bem e o mal, entre o certo e o errado, entre o céu e o inferno. Tal conceito é utilizado para fortalecer o sentimento de superioridade e em muitas ocasiões para legitimar atrocidades. Não é por acaso que, atualmente, os discursos de ultradireita vêm se fortificando pela crescente relação com autoritarismo, o nacionalismo, o conservadorismo, o populismo, a xenofobia, a islamofobia, o desprezo pelo pluralismo².

A crença na pureza moral, na pureza racial ou qualquer outra pureza levou milhões, em diversos momentos da história, à morte e à tortura. Não há pior discurso do que o discurso da pureza. Não há pior atitude de uma pessoa do que a de se julgar pura.

O que se busca com a crescente onda direitista de um Estado repressor é a estabilização das políticas de concentração de poder. A ameaça aos moldes do que se estruturou ao longo dos séculos é vista com temor, pois, a insurgência³ dos pequenos grupos tem a possibilidade de criar rupturas inafastáveis.

A sociedade que se pauta na repressão, por entender que o desvio compõe uma guerra a ser vencida, necessita abruptamente de um direito penal equivalente, no sentido de fazer acreditar que os olhos do Estado estarão presentes em todos os lugares, a fim de evitar e punir

¹ MAGALHÃES, JOSÉ. **Reflexões Contemporâneas: corrupção. *Legis Augustus***. Rio de Janeiro. v. 3, n. 2, p. 53-66, jul./dez. 2012. Disponível em:

<http://apl.unisuam.edu.br/revistas/index.php/legisAugustus/article/view/282>. Acesso em: 15 de Set de 2019.

² ESTEFANÍA, JOAQUÍN. Mas quem é essa nova direita que ganha espaço pelo mundo?, **El País**, Brasil, 24 de mar. de 2019. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/brasil/2019/03/22/opinion/1553264899_947348.html>. Acesso em: 15 de Set de 2019.

³ HOLSTON, JAMES. **Cidadania Insurgente: Disjunções da Democracia e da Modernidade no Brasil**. Tradução Claudio Carina. Revisão Técnica Luísa Valentini. 1ª ed. São Paulo. Companhia da Letras, 2013.

desvios que abalem o meio social.

Logo, qualquer desvio é passível de ser mensurado por meio de leis programadas para coibir a possível reiteração daquela prática, o padrão comportamental necessita ser unificado a fim de possibilitar a identificação dos que merecem ser punidos.

A punição é um dos argumentos mais utilizados para permitir a possibilidade de segurança. Os mais entusiastas e, certamente, os que buscam apoiar em uma sociedade consumida pelo medo, consideram a pena a garantia de menos delitos⁴, inclusive, qualquer medida para diminuir o número de práticas delitivas está atrelado ao aumento de penas e diminuição de garantias.

Acrescenta Débora Pastana⁵:

Isso significa dizer que o sistema penal brasileiro caminha atualmente menos para a consolidação democrática, e muito mais para a atuação simbólica, traduzida em aumento desproporcional de penas, maior encarceramento, supressão de direitos e garantias processuais, endurecimento da execução penal entre outras medidas igualmente severas. Tal sistema opera no sentido do “excesso de ordem”, único capaz de tranquilizar nossa atual sociedade de consumo hedonista e individualista.

O Brasil vive uma grande instabilidade nos dias de hoje, o governo eleito em 2018 compactua com propostas de aumento da figura punitiva do Estado. O medo permanece sendo utilizado como meio de apoio popular e a falsa sensação de impunidade é a moeda de troca para os discursos de ódio e apelo ao extremismo.

A consequência de toda essa ideologia que move a sociedade brasileira é a divisão entre o bem e o mal, os curáveis e os incuráveis. Neste ponto, é possível visualizar com exatidão aqueles que são inimigos do estado, os criminosos.

A nova onda da política extremista que assola a América Latina e se fortalece no Brasil

⁴ MORO, SÉRGIO. **Ministério da Justiça e Segurança Pública: pacote anticrime**. Página inicial. Disponível em: < <https://www.justica.gov.br/seus-direitos/elaboracao-legislativa/projetos/anticrime-1> > Acesso em: 16 de Set de 2019.

⁵ PASTANA, DEBORA. Contornos do Estado Punitivo no Brasil. **Revista da Faculdade de Direito Ufpr**. Curitiba. v. 46, p 207-221. 2007. Disponível em: < <https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/14981> >. Acesso em: 16 de Set de 2019.

invoca a ideia de inimigos de uma maneira precisa, inclusive, o espetáculo tem como atração principal a eliminação daqueles que oferecem risco à segurança. A possível eliminação é verificada pela atuação agressiva e incerta da polícia estatal, pelo recrudescimento de direitos e garantias, pelo aumento desproporcional da pena, pela atuação da grande mídia na utilização do terror e, principalmente, pela comemoração da morte desses inimigos⁶.

O discurso da eliminação de qualquer que seja o criminoso possibilita justificar a atuação desmedida do Estado punitivo, em vários dos seus problemas estruturais⁷. Em outras palavras, o foco do punitivismo é o aumento da aplicação do direito penal e não uma preocupação com a qualidade desta aplicação.

A dificuldade não se exaure apenas na desmedida aplicação do direito penal, mas, igualmente na relação do aumento da complexidade da matéria de incriminação, haja vista que o tipo penal deve se adequar de maneira objetiva ao conteúdo material do ilícito e tal proposição é deixada de lado, na prática, dando lugar a incongruências interpretativas que corroboram com a prática de arbitrariedades, como bem destaca Fábio D'Ávila⁸:

É como se o “fragmento de realidade” que se quer proibir, após dar origem ao tipo, não mais importasse: o tipo alcançaria autonomia em relação ao seu fundamento material ao ponto de poder ser aplicado independente da sua efetiva existência, na linha de orientações neopositivistas. **O que, evidentemente, não se dá sem a violação ou até mesmo abandono de princípios fundamentais de direito penal.** (Grifos nossos).

Nestes termos, a expansão da justiça negocial por meio da Lei de Organizações Criminosas, lei 12.850/2013⁹, e sua discussão acerca da compatibilidade com o que dispõe a Constituição Federal de 1988 e os tratados de direitos humanos do qual o Brasil faz parte, portanto, é um exemplo de como o questionamento acerca da complexidade do crime é pertinente, pois o mais recente imbróglio gira em torno da obrigatoriedade ou não de o delatado se manifestar depois

⁶ WACHELESKI, MARCELO. Comemoramos a morte e fracassamos como projeto de sociedade constitucional. **Justificando**. 21 de ago. de 2019. Disponível em: <<https://www.justificando.com/2019/08/21/comemoramos-a-morte-fracassamos-como-projeto-de-sociedade-constitucional/>>. Acesso em: 16 de Set de 2019.

⁷ BETIM, FELIPE. Witzel usa operação contra sequestrador para justificar ações indiscriminadas em favelas, **El País**, Brasil, 21 de ago. de 2019. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/brasil/2019/08/20/politica/1566323586_607069.html>. Acesso em: 16 de Set de 2019.

⁸ D'ÁVILA, FÁBIO. Liberdade e segurança em direito penal. O problema da expansão da intervenção penal. **Revista Eletrônica de Direito Penal AIDP-GB** Ano 1, Vol 1, Nº 1, Junho 201. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redpenal/article/view/7142/5118>>. Acesso em: 16 de Set de 2019.

⁹ BRASIL. **Lei. nº. 12.850**, de 02 de ago 2013. Organização criminosa. In: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 16 de Set de 2019.

do delator¹⁰, o que descreve uma lei que não se adequa ao conteúdo material do ilícito. Em verdade, a referida lei tem o fito de favorecer a punição sem a necessidade de maiores procedimentos democráticos, ou seja, cria-se uma lei com deveras texturas abertas, as quais tendem a impedir o alcance de garantias fundamentais do acusado.

Além da complexidade na formulação de leis, como já ressaltado, verifica-se uma política criminal pautada em crenças populistas, sem nenhuma preocupação com a causa do aumento da criminalidade. Pelo contrário, sob o condão da segurança atrelada a busca da eficiência, o direcionamento é radicalmente punitivista, baseado em uma comoção irracional que não leva em consideração a luta tramada lá atrás pela busca de direitos e garantias, bem como transmite uma ideia de resolução por meio de todos os problemas sociais com o aumento da incidência do direito penal, inclusive, sob atos que não estão na esfera deste, conforme destacado abaixo:

Por outro, uma expansão do direito penal que, associada aos problemas técnicos já supra referidos, encontra concretização não mais em um “campo de proteção antecipado” (Vorfeldschutz), mas em um campo de proteção ainda anterior a esta proteção já antecipada (Vorvorfeldschutz), no qual se propagam, de forma endêmica, ilícitos de mera violação de dever e a punição de atos meramente preparatórios. Mas tudo, certamente, sob o pretexto de uma “boa causa”, tudo para garantir o “bem de todos”, tudo para garantir a segurança.

Notório observar que a luta liberal do direito penal foi imprescindível para evolução de proposições acerca dos limites punitivos do poder estatal. Embora, este fato esteja atrelado ao direcionamento que se dá ao direito penal contemporâneo, verifica-se uma diferença entre a função declarada de proteção as garantias fundamentais e a função real, a qual não se coaduna com as lutas já tramadas durante a história¹¹, é o que destaca o professor Salo de Carvalho:

Torna-se absolutamente preocupante quando as funções reais (genocidas) passam a ser defendidas como base de um novo discurso oficial (funções declaradas), pois a transferência da programação real do direito penal do terror ao nível enunciativo potencializa o incremento da violência na nova realidade que se deseja criar.

Neste contexto, a órbita do inimigo, tese defendida para justificar abusos de direito, é

¹⁰ BADARÓ, GUSTADO. O “colaborador premiado” como figura específica da persecução penal e a necessidade de um regime legal próprio: os problemas da instrução e a ordem de apresentação dos memoriais. **Conjur.** 24 de Set. de 2019. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/artigo-colaborador-premiado-gustavo.pdf>>. Acesso em 26 de Ago. de 2019.

¹¹ CARVALHO, SALO. Política de guerra às drogas na América latina entre o direito penal do inimigo e o estado de exceção permanente. **Revista Crítica Jurídica** - N° 25, Jan/Dez 2006, p. 253-267. Disponível em: <<http://revistas.unibrasil.com.br/cadernosjuridico/index.php/juridico/article/view/5>>. Acesso em: 16 de Set. de 2019.

como se degenera todos os sangues derramados pela punição irrestrita do poder estatal. O discurso inicial sempre leva em consideração as lutas que garantiram direitos, mas, a política criminal, de fato, consegue impor relativizações para casos específicos que, ao final, são casos gerais, pois todos sofrem com a relativização de direitos.

Dentro desta perspectiva, o direcionamento do presente estudo se dará por meio da análise da tese formulada pelo professor Günther Jakobs, catedrático de Direito Penal na Universidade de Bonn, o qual certamente possibilitou novas perspectivas de estudo acerca da aplicação do direito penal nas sociedades contemporâneas, haja vista que a formulação de inimigos da sociedade, tese com raízes nazistas, possibilitou a justificação de atrocidades cometidas pelo Estado, em meio a formulação de políticas criminais que ressaltassem o banimento de qualquer vestígio de inimigos do estado, conforme pontua o professor Luís Greco¹²:

O direito penal pode ver no autor um cidadão, isto é, alguém que dispõe de uma esfera privada livre do direito penal, na qual o direito só está autorizado a intervir quando o comportamento do autor representar uma perturbação exterior; ou pode o direito penal enxergar no autor um inimigo, isto é, uma fonte de perigo para os bens a serem protegidos, alguém que não dispõe de qualquer esfera privada, mas que pode ser responsabilizado até mesmo por seus mais íntimos pensamentos.

Ou seja, questões complexas, muitas vezes com origens diversificadas, acarretam divergências dentro de uma sociedade, pautada em uma coerência democrática, visto que certos princípios garantem a ampla proteção de todos, contudo, a dimensão do abalo destas questões favorece teses que permitem a diminuição do grau de proteção de certos direitos para determinados tipos de criminosos.

Neste ponto, Jakobs consegue resgatar com muita clareza a luta entre o bem e o mal, na medida em que coloca determinados crimes, como o terrorismo, no rol situações extremamente prejudiciais para o futuro de uma nação. Nada mais semelhante que as propostas de um Estado Ultranacionalista, em que a aniquilação do mal é o objetivo declarado, a fim de preservar os interesses da nação, assim, não haveria sujeitos de direito, apenas, um ser sem qualquer personalidade jurídica¹³. Destaco um trecho substancial para a análise:

¹² GRECO, LUÍS. Sobre o chamado direito penal do inimigo. **Revista da Faculdade de Direito de Campos**, Ano VI, Nº 7 - Dezembro de 2005, p. 211-247. Disponível em:

<<http://www.fdc.br/Arquivos/Mestrado/Revistas/Revista07/Docente/07.pdf>>. Acesso em 16 de Set. de 2019.

¹³ CARVALHO, Salo. *Obra Citada*, p. 257.

Nestas circunstâncias de rompimento com as expectativas, na inexistência de um mínimo de garantia cognitiva de condutas pessoais estabilizadoras da vigência das normas, seria lícito realizar **processo de despersonalização do criminoso, no qual a perda da personalidade política (cidadania) deflagraria exclusão dos direitos a ela inerentes** (Grifos nossos)

Portanto, é notório a proposta de diminuir a condição humana de um criminoso a fim de tirá-lo de situações cobertas por proteções, em regra, irrefutáveis. Certamente, dentro deste pensamento, os fins justificam os meios e qualquer modo de evitar que aquele possa exercer seus direitos é válido.

Embora não seja plenamente declarada, há uma política de Estado voltada para o extermínio de grupos, inclusive, o modo como esta se propaga, igualmente, possui várias nuances a depender do tipo de delito que está enfrentando. Isto é, não se pode excluir da incidência de tais enfrentamentos punitivistas, outros tipos de crimes, por mais que não resultem em uma efetiva aniquilação, pois o verdadeiro propósito é zerar ou tentar chegar mais próximo ao mínimo de direitos e garantias fundamentais.

Desta forma, a principal pergunta a ser respondida no presente trabalho relaciona-se com a possibilidade de se considerar o crime de corrupção o novo foco do direito penal, na medida em que, com o avanço da operação Lava Jato no país, uma série de medidas foram adotadas para perseguir os fins propostos, desde o início, pelo grupo que investigava uma das mais polêmicas e grandes práticas de corrupção no Brasil.

Destaco um trecho do artigo “Riscos Éticos Em Tempos De Delações, Vazamentos E Clamor Pela Transparência”, elaborado por Rogério Christofolletti¹⁴:

No Brasil, a partir de uma acirrada disputa nas eleições presidenciais de 2014, o noticiário se desenvolveu a partir de superlativos para emoldurar uma grave crise nacional, com desdobramentos políticos, financeiros e morais. Dilma Rousseff reelegeu-se com uma margem apertada de votos (3,28% 14) e a polarização política se intensificou nos dois anos que seguiram a sua posse, dividindo o país. A inflação voltou a crescer de forma preocupante e alimentou uma recessão econômica. **A deflagração da “Operação Lava-Jato” pela Polícia Federal e outras denúncias de corrupção nos meios políticos e empresariais ajudaram a criar um clima na sociedade de intolerância a desmandos políticos**, desvio de recursos públicos e a práticas históricas de fisiologismo nos partidos e na estrutura política brasileira.

¹⁴ CHRISTOFOLETTI, ROGÉRIO. Riscos Éticos Em Tempos De Delações, Vazamentos E Clamor Pela Transparência. *Brazilian Journalism Research* - Volume 12 - Número 2 – 2016, p. 58-77. Disponível em: <<https://bjr.sbpjor.org.br/bjr/article/view/889/783>>. Acesso em 17 de Set. de 2019.

É pertinente a indagação sobre o modo como a operação foi conduzida com intuito de direcionar as investigações para um limbo em que o Estado Democrático de Direito esvazia-se para dar lugar a um Estado de Exceção.

A duração da investigação, seu alcance e a profundidade dos estragos políticos também fizeram surgir muitas críticas à “Operação Lava-Jato”: autonomia exagerada da Polícia Federal (o que poderia revelar descontrole de um órgão subordinado ao Ministério da Justiça), partidarização das ações policiais, vazamentos seletivos de informação, perseguições, excessos e abusos judiciais¹⁵.

Além disso, o fortalecimento da delação premiada no sistema processual penal brasileiro deu-se manifestamente com o fortalecimento da operação lava jato, ainda que se possa observar o seu crescimento gradual durante os anos em que a justiça negocial vem se apropriando de espaço no mundo jurídico contemporâneo.

Segundo Gabriel Anitua¹⁶, desde o final da década de 80 e durante os anos 90 do século XX, vem-se implementando reformas no processo penal dos Estados latino-americanos, e em alguns países europeus, como Portugal e Espanha.

Neste panorama, as reformas processuais penais têm buscado subsídios nos modelos anglo-saxões, com o objetivo de sanar problemas criminais complexos. Logo, sistemas de retalhos ou híbridos se formam pela inserção de características exclusivas da *common law*, contudo, as consequências finais se materializam num desvirtuamento dos modelos originais desses países, os quais, muitas vezes, possuem individualidades que não correspondem com o que se exporta, fazendo com que práticas inquisitivas sejam reformuladas sob a justificativa de que o sistema está “falido”.

Desta forma, os meios negociais serviram de reforços para práticas que reduzem o nível de aplicação do processo, como instituto, e com todas as suas garantias constitucionais, a fim de se adequar ao punitivismo exacerbado, discurso defendido pela mídia e por vários defensores da maior operação contra corrupção no país.

¹⁵ *Ibidem*, p. 64.

¹⁶ ANITUA, Gabriel I. *La importación de mecanismos consensuales del proceso estadounidense, en las reformas procesales latinoamericanas*. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, v.1, 2015. p. 44-45.

Uma correlação é essencial para elucidar questionamentos a respeito do estado de exceção, pelas práticas abusivas da lava jato, no sentido de que existe uma provável diminuição de direitos ao se considerar o corrupto um verdadeiro inimigo do estado democrático de direito.

O exemplo mais impactante e defendido por vários juristas no Brasil, deu-se com a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido por Tribunal de segunda instância no julgamento da apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, decidido pelo Supremo Tribunal Federal em julgamento realizado no dia 17 de fevereiro de 2016 (HC 126.292)¹⁷.

É como se o princípio da presunção de inocência, o qual, um dia, foi interpretado conforme a constituição federal de 1988, passasse a ser um empecilho para a grande atuação das forças de poder punitivo do Estado.

Nesse sentido, merece destaque o apontamento feito pelo professor Salo de Carvalho¹⁸ ao destacar a aproximação entre o Estado de Exceção permanente e a aplicação do direito penal do inimigo, como se vê:

O desenvolvimento atual de sistemas repressivos na intermitência sombria entre democracia e autoritarismo parece explicar a aproximação entre o Direito Penal do Inimigo e a ideia do Estado de Exceção permanente. A hipótese ganha relevo ainda maior se atrelada com a volatilidade de conceitos como ‘criminalidade organizada’ e ‘terrorismo’.

Dito isso, é necessário destacar que o presente trabalho pretende enfrentar as nuances da aplicação do direito penal do inimigo nos recentes casos de corrupção, objetos da operação Lava-jato, a fim de possibilitar responder sobre como a visão de um inimigo pode influenciar no modo como se pretende combater determinada prática delituosa. Porquanto, a relativização de direitos, por meio de aplicação de teses duvidosas direciona a política criminal, em conjunto com a atuação midiática, para um grande espetáculo, em que não se tem mais partes de um processo penal democrático.

Ainda que não se possa fazer a comparação exata entre um crime de terrorismo e um crime de corrupção, pelas medidas adotadas nos seus resultados, ambos têm se apoiado em uma

¹⁷ BRASIL. STF, Pleno, **HC 126.292/SP**, Rel. Min. Teori Zavascki, j. 17/02/2016, DJe 100 16/05/2016.

¹⁸ CARVALHO, SALO. *Obra Citada*, p. 263.

política criminal antidemocrática, fomentados por um imaginário de que as prisões possuem a solução para todos os problemas sociais e morais, apoiadas pelos meios de comunicação de massa.

Sobre o tema Gomes apud Júnior¹⁹, diz que:

A pena de prisão, na atualidade, longe está de cumprir sua missão (ou finalidade) ressocializadora. Aliás, não tem cumprido bem nem sequer a função inocuidadora (isolamento), visto que, com frequência, há fugas no sistema. A pena de prisão hoje, no Brasil, é cumprida de maneira totalmente inconstitucional (é desumana, cruel e torturante). Os presídios não apresentam sequer condições mínimas para ressocializar alguém. Ao contrário, dessocializam, produzindo efeitos devastadores na personalidade da pessoa.

Logo, o argumento que direciona a política criminal atual, voltada para o recrudescimento de direito, demonstra que os apoiadores possuem o objetivo central em manter o pensamento punitivista em voga, por ser uma estratégia simples e eficaz de manipulação de massas, o que favorece o protagonismo de certos grupos, sedentos por poder, os quais não medem esforços para conquistarem objetivos pessoais egoístas e longes do que realmente a sociedade procura.

Por isso, é substancial entender como as estruturas de poderes funcionam, e, principalmente, no presente trabalho, compreender como o Direito Penal do Inimigo é utilizado para manter a ideia de que existem pessoas boas e pessoas más e, portanto, as últimas não possuem os mesmos direitos das primeiras.

Além disso, é proposta uma análise sobre o Direito Penal do Inimigo aplicado ao Crime de Corrupção, após o fortalecimento da Operação Lava Jato, para se descobrir em que momento o político tornou-se um inimigo para sociedade e quais as consequências para o Brasil como um país democrático.

Para tanto, será analisada esta proposta em duas perspectivas, por meio da indagação acerca do avanço da justiça negocial no processo penal brasileiro, bem como por meio da relativização de direito e garantias fundamentais, como a possibilidade de prisão em segunda instância, antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

¹⁹ JÚNIOR, JOSÉ. A Ineficácia da Pena Privativa de Liberdade e a Intervenção Mínima do Direito Penal. **Revista Justiça e Sistema Criminal**, v. 3, n. 4, p. 189-206, jan./jun. 2011. Disponível em: <http://www.sistemacriminal.org/site/images/revistas/Revista_n.4.pdf#page=7>. Acesso em : 18 de Set. de 2019.

1 – O COMBATE DO INIMIGO

Existe uma certeza na sociedade de que o jeito mais seguro e simples de se resolver um problema é por meio do enfrentamento do seu resultado. Em poucos momentos, a sociedade é levada a pensar além do que, de fato, é necessário para enxergar as verdades a respeito do que origina as situações caóticas.

Na literatura romancista, esta problemática é sempre um tema em destaque nos livros, José Saramago escreveu seu ensaio fantástico abordando como a cegueira fisiológica é capaz de debilitar o mundo, contudo, a principal preocupação deste renomado romancista foi sobre a cegueira mental, a qual adentra cada pensamento dos seres humanos ao longo dos anos e permite que atrocidades sejam legitimadas sob o manto do medo, sob a luta contra o inimigo.

Certamente, o combate contra o diferente é um dos ciclos que se repete nas sociedades com regularidade, o diferente é um inimigo e como tal não pode possuir as mesmas garantias e direitos do que os outros. Pois, há uma desconstrução daquele como um cidadão, ele é menor, é um ser estranho, provavelmente, um desvio que merece ser eliminado.

Este discurso, de uma maneira preponderante, serviu como alicerce para o movimento que colocou o mundo em colapso, o nacional socialismo. Os figurantes deste movimento souberam como manipular a opinião pública, por meio de ideais já desenvolvidas em pesquisas científicas, ou seja, o conflito gerado necessitava de formulações científicas como argumento inflexível e, principalmente, haveria de se ter inimigos.

Porquanto, nenhuma batalha pode ser travada sem a eliminação da oposição, do diferente e, neste ponto, o nazismo soube como motivar o conflito quando elegeu quem era sujeito de direito e quem não era. Os exemplos são os mais variados, já que qualquer desvio do que era colocado como referência, e motivava os ataques perversos que chocam até hoje, pela maneira como a crueldade humana foi desenvolvida.

O incrível ou óbvio, dependendo de como se enxerga a forma de discriminação na sociedade, é que os grupos mais afetados foram as minorias, sejam pobres que cometem pequenos desvios, sejam pessoas que tenham uma opção sexual diversa da classe que se mantém no poder.

Nesse sentido, merece apreço as palavras de Tiago Elídio²⁰ sobre o tema:

Dessa maneira, o Estado totalitário alemão, liderado por Adolf Hitler, detentor da soberania, decidiu quais eram as vidas com valor e aquelas indignas de serem vividas. Os homossexuais faziam parte desse segundo grupo, pois eram considerados seres inferiores, doentes, degenerados. Enfim, perigosos. Portanto, de acordo com essa mentalidade, era necessário que se controlasse tal situação, pois essa “doença” poderia se difundir e “corromper” o império germânico.

Um dado substancial que merece reflexão, diz respeito a forma como se desenvolveu o direito penal na época do regime nazista e em como tais formulações foram exportadas para vários países, sob o manto de que se tinha grandes pensadores alemães discutindo uma base teórica capaz de resolver sérios conflitos da sociedade.

Embora relevantes sejam os pensadores e suas ideias, não se pode esquecer que estes se envolveram na ideologia nazista e pregaram teses de aniquilação de certos grupos vulneráveis.

Desta forma, merece ser tecido alguns comentários acerca destes autores para que se possa compreender como a tese do direito penal do inimigo ainda pode ser objeto de defesas por parte de alguns pensadores penalistas atuais, isto é, o que se propõe é demonstrar que o inimigo não é um conceito novo, mas, uma tese que ronda o mundo e foi explorada durante o regime nacional socialista.

1.1 Os penalistas antecedentes ao nazismo

O mundo sempre viveu assombrado por teorias que propuseram a eliminação de pessoas, pelo simples fato de não se encaixarem à homogeneidade de um determinado grupo de poder. A teoria do Direito Penal do Inimigo formulada por Jakobs, igualmente, não foge ao padrão de outras teorias já criadas por autores que refutam o diferente, isto é, não é uma tese inovadora e, certamente, está vinculada a outros absurdos já pensados em outras épocas.

As teses jurídicas sustentadas no regime do nacional socialismo, na Alemanha, não são absurdos inovadores, pensados exclusivamente para aquele momento, mas, produto de várias ideologias que já pairavam o mundo.

²⁰ ELÍDIO, Tiago. **A perseguição nazista aos homossexuais = o testemunho de um dos esquecidos da memória**. 2010. 95 f. Dissertação (mestrado) - Universidade Estadual de Campinas, Instituto de Estudos da Linguagem, Campinas, SP. Disponível em: <<http://www.repositorio.unicamp.br/handle/REPOSIP/270289>>. Acesso em: 19 set. 2019.

Nesse sentido, verifica-se as ideias evolucionistas de Darwinismo Social, as teorias de Lombroso acerca da periculosidade do agente, ambas com alto grau de divisão de grupos, a famosa dicotomia para segregar o bom do mal.

Dentro da ciência penal alemã, verifica-se uma congruência de pensamentos que resultam no que Jakobs vem sustentando como legítimo em um Estado Democrático de Direito, apesar das relativizações de direitos fundamentais que tal tese entende como necessária para se alcançar resultados. Muñoz Conde²¹ observa que desde o século XIX, os pensadores alemães Franz Von Liszt, Karl Binding e Edmund Mezger defenderam ideias que podem ser consideradas antecedentes do Direito Penal do Inimigo.

Franz Von Liszt se deparou com um grande obstáculo durante a concretização do seu pensamento. Ainda que possuísse a ideia de que o Direito Penal deveria funcionar como uma forma de impedir que a política criminal avançasse sem neutralizar princípios imprescindíveis para proteção dos direitos do sujeito delituoso, percebeu que tal concepção direcionava-se para um caminho de ineficácia, diante da questão da reincidência.

Von Liszt compreendia que os sujeitos que eram reincidentes, encontravam-se encaixados dentro de um padrão denominado “incuráveis”, como se pode observar²²:

O elo certamente mais importante e perigoso dessa cadeia de patologias sociais, que denominamos sob o nome genérico de proletariado. Mendigos e vagabundos, prostituídos de ambos os gêneros, alcoólatras, bandidos e gente do submundo em sentido amplo, degenerados anímica e corporalmente. **Todos esses constituem o exército de inimigos principais da ordem social, entre os quais os delinquentes habituais constituem o Estado maior.** (Grifos nossos)

Neste ponto, percebe-se que os mendigos, prostituídos de ambos os gêneros, alcoólatras, bandidos, degenerados anímica e corporalmente, representavam os “inimigos da ordem social”. Logo, suas garantias tinham de ser diminuídas para que pudessem sentir o lado degradante da pena, em que direitos são fortemente relativizados para dar lugar a uma forma de solução ignorante de prevenção de delitos. Von Liszt pode não ter construído o conceito que, no presente

²¹ CONDE, Francisco. As Origens Ideológicas do Direito Penal do Inimigo. **Revista Justiça e Sistema Criminal**, v. 3, n. 4, p. 7-32, jan./jun. 2011. Disponível em:

<http://www.sistemacriminal.org/site/images/revistas/Revista_n.4.pdf#page=7>. Acesso em: 19 set. 2019.

²² *Ibidem*.

trabalho, pretendo abordar, mas, de alguma forma sua contribuição não deixa de ser substancial²³:

A prisão perpétua ou, se for o caso, de duração indeterminada, em campos de trabalho, em “servidão penal”, com estrita obrigação de trabalhar e com o máximo aproveitamento possível de sua força de trabalho sem excluir como sanção disciplinar à pena de açoites e com a consequente perda dos direitos civis e políticos, para mostrar o caráter desonroso da pena. O isolamento individual apenas operaria como sanção disciplinar em cela escura e em estrito jejum.

O famoso penalista da Universidade de Berlim chegava a flertar com a pena de morte, na medida em que enxergava inimigos do Estado como inimigos da humanidade. No entanto, a fim de não ser contraditório em essência do que já havia defendido anteriormente, ou talvez por questões de mera causalidade com as conquistas que se tinha obtido da saída dos suplícios para pena pelo tempo encarcerado, não defendia a pena de morte, apenas, uma prisão perpétua que retirasse de forma definitiva da sociedade esses seres desviantes.

Parece ser óbvio que em momentos de incertezas, quanto aos problemas sociais, os quais refletem a falta de aprofundamento dessas questões, pensa-se que soluções imediatas podem sanar a profundidade de erros de séculos. A política sempre se aproveita desses ciclos de divergências sociais para lançar e abarcar, junto com seu pensamento reducionista, as soluções mágicas e, muitas das vezes, perigosas para amenizar situações sociais, dando o toque da falsa percepção de melhora.

Na história do mundo, as teses mais absurdas são aceitas com naturalidade por representarem um pensamento de um grande profissional da área, ao mesmo tempo em que vão de encontro com ideologias político populistas. Ou seja, por meio da ideologia e da validade jurídica, as políticas são implementadas com a promessa enfrentamento de problemas sociais. O Direito Penal é um dos ramos mais utilizados para representar as soluções imediatas e limitadas.

Von Liszt representa essa parcela que contribuiu para que a política do inimigo sempre seja um acessório a ser utilizado em momentos de crises morais. O que se percebe e o que igualmente se repete na história das sociedades é: alguns sujeitos não podem ser classificados como sujeitos de direitos, devem ser aniquilados ou isolados eternamente por seus comportamentos desviantes.

²³ *Ibidem*, p. 16.

Em contrapartida, Karl Binding posicionou-se de forma oposta a Von Liszt, por considerar que a pena deveria ser retributiva e não preventiva. Portanto, a periculosidade do agente, em Binding, não deveria ser um fato a ser considerado na atuação do Direito Penal.

Em essência, apesar das divergências de escolas de pensamentos, ambos os autores alemães possuíam um claro desprezo por questões sociais que abalavam a estrutura do que acreditavam ser a solução do problema, a pena. Binding²⁴ emergiu com propostas diferentes, porém, não conseguiu se distanciar do seu conterrâneo, Von Liszt, já que o tratamento dado ao infrator reincidente seguia o mesmo exagero punitivo da inocuização:

Sob esse ponto de vista, a famosa “Luta de Escolas” (Schulenstreit) que dividiu os penalistas alemães do final do século XIX entre os que defendiam uma pena orientada à prevenção (a denominada Escola Moderna, encabeçada por von Liszt) e os que defendiam a pena como retribuição (a chamada Escola Clássica, encabeçada sobretudo por Binding), não se deu no que se refere ao tratamento que deveria ser dado aos reincidentes, em relação aos quais os dois mais destacados representantes de ambas as Escolas defendiam a mesma solução e com a mesma ênfase: a inocuização, seja por meio da prisão perpétua, seja, inclusive, por meio da pena de morte.

Se em um momento de estabilidade a Alemanha já possuía propostas de relativização de direitos para os delinquentes habituais, com as consequências da derrota na primeira guerra mundial e com o crescimento dos problemas sociais, as propostas de eliminação de inimigos nunca ganharam tanta força, a finalidade principal era dar uma resposta as crises econômico-sociais que abalavam a estrutura do país.

Em verdade, a tendência dos governos em crise social é apelar para políticas extremistas de eliminação de inimigos, como forma de diminuir a pressão e deslocar o problema para um contexto diferente, ao mesmo tempo irreal.

Nesse sentido, o discípulo de Von Liszt, o penalista Gustav Radbruch foi Ministro da Justiça durante a República de Weimar e elaborou um projeto de medida de segurança que permitia o prolongamento indefinido da pena privativa de liberdade para delinquentes habituais. Nota-se aqui a contradição vinda de um penalista democrata, como foi Radbruch, pois em seu projeto igualmente defendia ideias humanistas a respeito da sanção proporcional à gravidade

²⁴ CONDE, Francisco. As Origens Ideológicas do Direito Penal do Inimigo. **Revista Justiça e Sistema Criminal**, v. 3, n. 4, p. 7-32, jan./jun. 2011. Disponível em: <http://www.sistemacriminal.org/site/images/revistas/Revista_n.4.pdf#page=7>. Acesso em: 19 set. 2019.

do delito, mas, como estava diante de um contexto de crise, as ideologias da punição como resolução foram mais fortes e pairavam no ar perdido de uma Alemanha insegura.

1.2 Edmund Mezger

Edmund Mezger, o Catedrático Professor da Universidade de Munique, foi um dos mais importantes penalistas do século XX. Assim como os anteriores, contribuiu de alguma forma para o aprimoramento da ciência penal, contudo, igualmente sucumbiu ao poder, ou a forma de pensar ideológica do poder dominante da época, haja vista que participou diretamente do regime nacional socialista, para redefinir ou moldar suas teses ao que exigia a política daquele momento, ou seja, seu direito penal passou a ser um direito do extermínio do inimigo, indo ao encontro do que queria o regime.

Portanto, é de suma importância conhecer Mezger, desde seu brilhante tratado a sua reformulação para se adequar ao regime. De certa forma, quando se analisa uma proposta de diminuição de garantias fundamentais, pela tese do inimigo, percebe-se que as teorias emergem junto com ideais políticos rasos de combate a crises morais e sociais.

Em geral, quando se tem o conhecimento a respeito da situação de fato da qual vive a sociedade, verifica-se a dificuldade de se implementar conceitos que preservem a qualidade de cidadão daqueles que cometem desvios. Por isso, vários desses grandes penalistas construíram ideais pertinentes, mas que acabaram esbarrando na precariedade da situação política ou em uma conjuntura pouco propícia ao enfrentamento dessas questões difíceis. A análise de Mezger como um grande penalista a sua contribuição para o regime nacional socialista, será uma questão crucial para entender como essa tese ainda domina as democracias contemporâneas.

Por meio de suas teses iniciais, desenvolveu-se uma nova forma de se entender alguns conceitos dentro da esfera penal, a sua importância denota grande visibilidade, na medida em que possibilita o aprimoramento de várias teorias, ao mesmo tempo que serve de base para o desenvolvimento de outras. Ou seja, o catedrático professor de Munique²⁵ possibilitou reflexões substanciais para evolução de uma teoria do jurídica do delito, com maior solidez.

²⁵ CONDE, Francisco. As Duas Faces De Edmund Mezger. **Revista Justiça e Sistema Criminal**, v. 5, n. 8, p. 9-24, jan./jun. 2013. Disponível em: <http://www.sistemacriminal.org/site/files/Revista_n_8.pdf#page=9>. Acesso em: 19 set. 2019.

Destes se extrai elementos relativamente constantes e se constrói um edifício conceitual em forma piramidal, cuja base é a ação, à qual logo se acrescenta, degrau a degrau, uma série de categorias, tipicidade, antijuricidade, culpabilidade e determinadas condições objetivas de punibilidade, que progressivamente vão delimitando os diferentes níveis de imputação da responsabilidade penal.

Um dos grandes destaques do penalista catedrático da Universidade de Munique, deu-se com a formulação do substrato do que, posteriormente, seria conhecido como Teoria da Imputação Objetiva, teoria esta mais bem desenvolvida por Claus Roxin.

Nesse sentido, Mezger compreendia que entre a conduta humana e o resultado, era necessária uma relação de causalidade, ou seja, um nexo de causalidade que possibilitasse averiguar se o risco causado era, de tal forma, juridicamente relevante. Contudo, o penalista alemão não definiu com maior clareza o significado de juridicamente relevante, problema este que seria resolvido em um momento posterior.

Com relação à problemática da compreensão de comissão por omissão ou omissão impropria, entendida como um não atuar, Mezger entende que se deve considerar a posição de garantidor do sujeito, bem como a possível ação deste sujeito com base em uma lei.

Ainda dentro das teses desenvolvidas pelo professor alemão, merece destaque seu conceito de antijuridicidade, entendida como a contradição entre a ação exteriorizada e as normas objetivas valorativas de Direito²⁶. Para o professor, existe uma diferença substancial entre antijuridicidade e culpabilidade, pois na primeira o substrato é composto por normas objetivas, enquanto na segunda as normas são essencialmente subjetivas. No entanto, percebe-se que na antijuridicidade não há um afastamento extremo e concreto dos elementos subjetivos, pelo fato de que alguns delitos necessitam desses últimos elementos.

Segundo o penalista alemão, a antijuridicidade apenas adquire relevância quando se tem uma lei tipificando o delito. Desta forma, a conduta delitiva é uma composição de tipicidade e antijuridicidade.

Com isso, tem-se a importante formulação de bem jurídico em Mezger, pois a conduta

²⁶ *Ibidem*, p. 11.

delituosa tipicamente antijurídica é capaz de causar lesão ou pôr em perigo determinado bem jurídico.

Logo, o direito penal não teria apenas a finalidade de direcionar-se para a proteção desses bens jurídicos, como também a existência destes bens é um meio de se direcionar a interpretação do tipo penal²⁷. Assim, o bem jurídico é produto da lei ao mesmo tempo que serve de pressuposto para sua interpretação.

Para Mezger, o bem jurídico é, além disso, a diretriz na interpretação do tipo delitivo, dando lugar à forma de interpretação que se denomina interpretação teleológica. Mezger resolve o círculo vicioso que se produz ao entender que a determinação e o conhecimento do bem jurídico se logra mediante a interpretação da lei e, ao mesmo tempo, é o critério que serve para sua interpretação. Ele o faz considerando que o conceito de bem jurídico se deduz dos fundamentos últimos do Direito, do total complexo de cultura e da ideia racional do próprio Direito que consiste em criar um equilíbrio justo entre os interesses da coletividade e do indivíduo (§ 26).

Mezger, igualmente, faz um importante apontamento acerca da antijuridicidade no seu sentido material ao permitir que sejam avaliadas as lesões aos bens jurídicos decorrentes de causas excludentes desta.

Com isso, dependendo da avaliação da lesão ao bem jurídico, existe a possibilidade de se afastar a obrigatoriedade de se agir de acordo com a lei penal vigente. O que se sucederá no momento em que desaparecer o interesse por vontade do titular daquele bem jurídico, desde que disponível, ou quando o interesse que se quer resguardar for superior ao do que é violado, como no caso da legítima defesa, do estado de necessidade. Inclusive, o penalista alemão chega a citar um princípio geral de justificação com base na avaliação dessas causas excludentes da antijuridicidade

Merece destaque o conceito de culpabilidade em Mezger, pois este se afasta da concepção clássica psicológica da culpabilidade, a qual defendia o conceito de dolo e culpa como psicológicos, assim, para aquela concepção, a culpabilidade seria apenas uma relação psíquica entre o sujeito e o fato.

Contudo, o penalista alemão admitiu em seu tratado um conceito de culpabilidade em que se tem causas específicas de exclusão de culpabilidade, inclusive, defendeu tal ponto com a

²⁷ *Ibidem*, p. 12.

finalidade de adequar suas ideias à realidade social da época. Desta forma, há uma desvinculação da exclusão da culpabilidade para os casos previstos em lei.

De certa forma, isso representou um avanço dentro da dogmática penal, pois, reconheceu a necessidade de se analisar elementos normativos dentro da culpabilidade²⁸.

Isso deu lugar para que Mezger admitisse umas causas específicas de exclusão da culpabilidade nos casos de excesso na legítima defesa, de força ou coação, estado de necessidade em caso de perigo para a vida e a saúde e de obediência devida (§ 48). Essa concepção da culpabilidade chamada normativa foi culminada pela introdução da teoria da não exigibilidade, elaborada por Goldschmidt e Freudenthal, que, em uma época de crise econômica e social, como foi a da República de Weimar, depois da derrota da Alemanha na Primeira Guerra Mundial e nas condições humilhantes que lhe foram impostas pelas potências vencedoras no Tratado de Versalles, propunha a absolvição de quem, em circunstâncias extremas, por medo, por exemplo, de perder seu emprego, se via obrigado a cometer um fato delitivo. Mezger assume em seu Tratado esta proposta como culminação de seu conceito de culpabilidade (§ 49), entendendo que o pensamento jurídico-penal como pensamento individualizador não pode utilizar somente critérios formais e rígidos, mas demanda formas que tornem possível uma adaptação às necessidades da vida concreta.

Nesse contexto, dentro da culpabilidade se verifica a relação psicológica entre o autor e seu agir, por meio do dolo e da culpa, os quais seriam uma expressão juridicamente desaprovada da personalidade do autor. Em contrapartida, com a formulação da teoria finalista da ação, Hans Wezel modifica esse entendimento de que o dolo e a culpa seriam elementos da culpabilidade, em momento posterior.

Dando seguimento aos elementos do tratado do professor alemão de Munique, percebe-se que este abre espaço para temas relevantes, como da tentativa, da participação e do concurso de crimes.

Com relação à tentativa, o penalista alemão parte do conceito de que ela está atrelada a ideia de consumação do delito. Assim, utiliza-se do seu conceito de antijuridicidade material para discorrer sobre a punibilidade, esta vinculada ao nível de perigo pelo qual o bem jurídico foi exposto, desde que se tenha iniciado os atos de execução, já que não se pune o pensamento ou ideia sobre cometer delitos. Ademais, Mezger possui um entendimento objetivo com relação à punição da tentativa, já que esta deve ser perigosa para o bem jurídico tutelado.

²⁸ CONDE, Francisco. As Duas Faces De Edmund Mezger. **Revista Justiça e Sistema Criminal**, v. 5, n. 8, p. 9-24, jan./jun. 2013. Disponível em: <http://www.sistematicriminal.org/site/files/Revista_n_8.pdf#page=9>. Acesso em: 20 set. 2019.

No tocante à participação, o penalista de Munique possui o entendimento de que toda contribuição deve ser valorada com base no grau de influência que determinada ação teve para o cometimento de um delito. Neste ponto, aceita a distinção entre diversas formas de autoria e participação, conforme disposto no Código Penal Alemão, mas, entende que tal distinção é parte de uma valoração jurídica e toda contribuição ao delito fundamenta sua responsabilidade penal.

Portanto, Mezger adota a teoria objetiva formal da tentativa e rechaça a teoria subjetiva, por entender que sensações subjetivas do ânimo do sujeito não deveriam fundamentar o nível de responsabilidade para o cometimento de delitos. Isto é, toda contribuição que dá causa ao delito fundamenta a própria responsabilidade penal, o que se encaixa, igualmente, no princípio da acessoriedade máxima da participação.

Por fim, ao discorrer sobre o concurso de delitos, o penalista conclui que pode haver uma única valoração jurídica para uma pluralidade de ações, dependendo de como estas ações se manifestam no mundo real.

Percebe-se que em partes finais do seu tratado, Mezger adota uma posição que privilegia a interpretação teleológica da lei penal, o que acaba por introduzir princípios gerais, os quais possuem diretrizes do que busca o direito penal como ciência.

Além disso, adota um conceito retributivo de pena, bem como entende que há finalidades de prevenção desta, o que o coloca dentro de uma posição eclética, afastando-o da luta de escolas que dividia a ciência alemã do direito penal do século XIX. Inclusive, merece destaque o entendimento de que a personalidade do sujeito não deveria influenciar na aplicação da pena. O ilustre professor Francisco Munõz Conde destaca com brilhantismo esta fase final, como se vê²⁹:

Nela, parte de um conceito retributivo de pena entendido como privação de bens jurídicos que recai sobre o autor em razão do fato culpável. Mas isso não é incompatível com assinalar à pena o cumprimento de finalidades de caráter preventivo geral e preventivo especial, além de garantir de maneira justa os interesses do indivíduo, respeitando sua personalidade (§ 75). Desse modo, Mezger se situa em uma posição eclética que naquela época já se impunha frente à anterior “Luta de Escolas”, que dividiu a

²⁹ *Ibidem*, p. 16.

ciência alemã do Direito Penal em final do século XIX entre os partidários da retribuição (Binding) e os partidários da prevenção especial (von Liszt). Não deixa de ser destacável, porém, que se acrescente o respeito à personalidade do delinquente como um fim independente que exige que o indivíduo não seja castigado só pelo que valem seus atos: “Aqui – diz – constitui o pensamento da retribuição, ao qual não é imanente, na verdade, nada ‘místico’, o firme baluarte contra ataques injustificados na esfera jurídica do particular”. Em consequência, atribui escassa relevância às medidas de segurança, como privação da liberdade adicional à pena, baseadas na periculosidade, e ainda que não descarte de lege ferenda uma espécie de pena de segurança que cumpra as funções de ambas, considera que à consciência jurídica do presente corresponde melhor um sistema dualista, ou seja, a separação estrutural entre pena e medida de segurança (§ 76).

Certamente, a ascensão das teorias de Mezger deveriam ser aprimoradas e seguir um caminho virtuoso de debates, pois, como já destacado, a sua contribuição para o Direito Penal, possuía tons de progresso.

No entanto, o curso das ideias expostas no Tratado do penalista alemão foram se amontoando em uma névoa, até se perderem em uma brecha do tempo. O que leva a reflexão do motivo que o levou a engavetar tudo o que havia construído anteriormente, sendo que a resposta é um tanto quanto óbvia: a ascensão do regime nacional socialista na Alemanha³⁰.

Quase ao mesmo tempo em que Mezger tomava posse de sua cátedra em Munique, Adolf Hitler, tomava posse de seu cargo de Primeiro Ministro do governo que tinha surgido depois de umas eleições nas quais não conseguiu a maioria, mas que logo depois do incêndio do Reichstag, provavelmente provocado pelos próprios nazistas, assumiu o poder absoluto. É evidente que um evento desse tipo, que em pouco tempo comoveria a política e a sociedade alemã e a paz e a estabilidade em todo o mundo, não podia deixar de ter consequências para o Direito Penal e para as pessoas que se dedicavam ao seu estudo. No caso de Mezger, logo se dedicou à renovação de sua concepção do Direito Penal de acordo com os postulados ideológicos propugnados pelo regime nacional-socialista.

De certa forma, as mudanças na postura do autor parecem ser moldadas pela forma como o poder se transforma na sociedade. Embora seu tratado consiga interligar conceitos importantes para o desenvolvimento do Direito Penal, o seu interesse pessoal em conjunto com o fortalecimento do regime, permitiu que ideias absurdas fossem sustentadas para satisfazer a voz daqueles que ditavam e moldavam os interesses daquela sociedade.

Uma mudança radical materializa-se na finalidade do Direito Penal, na medida em que o regime sustentava os pilares de sua força, por meio adoção do nacionalismo extremado e consequentemente com a adoção da superioridade racial. Logo, a pena passava a ter a função de

³⁰ *Ibidem*, p. 18.

eliminar elementos estranhos a esse grupo que cada vez se homogeneizava mais, assim, o diferente não era aceito por ressaltar características opostas ao sustentado pelo regime.

A forma como moldava-se o aspecto de função preventiva do Direito Penal, não é diferente do modo como a análise, hoje, é formulada por uma parte da sociedade que entende a punição como solução para as mazelas do mundo. Portanto, existe uma clara aproximação do direito penal do autor no regime nazista, porquanto, o conceito de raça foi o motivo para definir os propensos a cometerem delitos, os quais já possuíam dentro do seu ser um provável código genético do crime.

O radical salto para o regresso, diante do qual Mezger aventurou-se em busca de poder, acabou por colocá-lo em sintonia com as políticas do regime e o tornou membro da comissão para reforma do Direito Penal. Francisco Munõz Conde³¹ destaca que com a chegada do penalista alemão ao poder, reformas foram aprovadas, a exemplo da lei de tratamento do delinquente habitual, por meio de medida de segurança e por tempo indeterminado; pena de morte para reincidentes; admissão da analogia em consonância com a opinião pública e com o regime; esterilização coercitiva dos portadores de doenças hereditárias.

Para manter seu prestígio, o professor catedrático de Munique foi guiado para reconduzir e avançar nas suas novas teses que seguiam os preceitos do regime nacional socialista. Neste ponto, uma das tristes admissões deu-se com a reformulação do significado do princípio da legalidade, pelo fato de que este passava a ser um instrumento de vontade de poder do governo autoritário, que se concentrava essencialmente na figura de Hitler. Ou seja, a vontade deste era o que determinaria o conceito daquilo que era considerado como ilícito.

O conceito de culpabilidade, igualmente, sofreu mudanças com relação ao que foi construído anteriormente, em suas teses. Desta forma, o absurdo transitava na esfera da normalidade, pois tudo o que parecia ser impossível, tornava-se possível dentro do regime. Inclusive, a culpabilidade nos moldes nazistas servia para fundamentar a responsabilidade de quem, ainda que não tivesse cometido o crime, fosse considerado culpado por outras circunstâncias pessoais que ultrapassassem a esfera do que, de fato, poderia fundamentar o delito em discussão.

³¹ Ibidem, p. 19.

Munõz Conde destaca que Mezger adotou um novo posicionamento³² no tocante a sua teoria do delito e passou a admitir no dolo uma teoria da “Cegueira ou Inimizade Jurídica”, permitindo a aplicação de pena de maior grau, mesmo nos casos em que não se justifica tal aplicação. A justificação assustadora dessa premissa envolvia-se com a cegueira jurídica pela qual o sujeito passava ao não pertencer ao povo, ou seja, era uma pessoa anormal aos preceitos pregados pelo regime e como tal não poderia ser tratada como um delinquente qualquer, era um inimigo que não merecia a proteção do Estado e, portanto, o seu extermínio era justificado para manter a estrutura homogênea que alcança o pensamento dos alemães daquele período. Por este motivo, a homossexualidade era uma ameaça a raça e sofria todos os males possíveis para sua dizimação.

Em seu importante artigo “Die Straftat als Ganzes” (o fato punível como totalidade), publicado na revista mais importante do Direito Penal alemão, “Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft”, 1938, propugnava também uma consideração totalizadora que superasse sua anterior tripartição do conceito de delito. Para terminar modificando sua teoria do dolo, a qual exigia o conhecimento atual da antijuricidade do fato substituindo-a por uma teoria da “cegueira ou inimizade jurídica”, a qual permitia aplicar a pena do delito doloso (que podia ser inclusive a de morte), nos casos nos quais o sujeito certamente não conhecia a antijuricidade do seu fato, mas devido à sua atitude de inimizade ou cegueira jurídica derivada de sua forma de condução de vida ou de sua falta de pertencimento à “comunidade do povo”, deveria ser castigado como se a conhecesse, sobretudo, se se tratava de “crimes odiosos como o aborto, a realização de ações homossexuais ou o ultraje à raça” (Cf. artigo “Rechtsirrtum und Rechtsblindheit” – Erro de Direito e cegueira de Direito –, publicado no “Festschrift für Kohlrausch”, 1944).

Toda a barbaridade necessita, no momento de sua aplicação, de uma aparente validade jurídica, a qual dará respaldo para que os governantes submetam à sociedade seus planos envoltos de uma manipulação cerebral. Isto é, algum sujeito com credibilidade necessita falar que determinada ação possui todo o respaldo jurídico para ser implementada, Mezger foi esse sujeito.

O enfraquecimento do regime, motivado por suas derrotas externas, acabava por colocar a sociedade alemã em êxtase. Os alemães tinham o conhecimento de que um conflito interno poderia significar o fim do sistema, tanto que a desordem sempre foi combatida, para não dar ensejo a pensamentos opostos ao sistema. Assim, uma nova política foi pensada para afastar esse sentimento de desordem, em um momento crucial da guerra: a política dos campos de concentração.

³² *Ibidem*, p. 19-20.

Mezger contribuiu para validade jurídica desta aberração, que até hoje assombra o mundo, pela maneira como se observou a crueldade humana. Todos aqueles grupos que representavam uma ameaça para o sistema eram abarcados por essa lei que os definia como inimigos do estado e, portanto, deveriam ser internados em campos de concentração.

Após a derrocada do nacional socialismo, Mezger conseguiu retornar a sua vida como professor em Munique e sua passagem pelo nazismo foi apagada, como se sua contribuição não tivesse existido e seus pensamentos se resumissem ao seu grande tratado de direito penal, o qual foi deixado de lado com a ascensão do regime.

2 - O DIREITO PENAL DO INIMIGO EM JAKOBS

Com base no que já foi demonstrado a respeito das teses em que se formula a concepção de inimigos, verifica-se os vínculos destas com a tese central em Jakobs, na qual existem seres desprovidos de direitos e garantias, isto é, não cidadãos. Portanto, é certamente preocupante o modo como se pode legitimar atrocidades dentro de um estado democrático de direito, sob o manto de construções jurídicas próximas a ideais de extermínio.

Em verdade, o que se busca criar dentro das democracias está interligado ao modo como se pode manipular a incidência de direitos a certos grupos sociais. Assim, dependendo do que se está enfrentando, pode ou não ser aplicado a concepção de sujeito de direito.

Deste modo, é de grande importância entender o que significa a tese do direito penal do inimigo para atualidade, se esta é compatível com o modelo de universalização dos direitos humanos e como pode ser aplicada em um estado democrático de direito, o qual refuta veemente qualquer comparação aos estados totalitários. Logo, a partir dessas premissas será possível entender se a incidência do direito penal pode vir a tornar certos grupos inimigos do Estado, e como tais seria prudente entender as consequências para a vida humana em sociedade.

O professor Gunther Jakobs, catedrático da Universidade de Bonn sistematizou o Direito Penal em duas categorias de seres humanos, os cidadãos e os inimigos. Certamente, existem críticas pertinentes ao modo como tal direito penal é inserido no mundo contemporâneo, mas para isso é necessário compreender como, na cabeça de Jakobs, funciona essa diferenciação do Direito Penal.

Ao se analisar o cidadão, percebe-se que a pena para este seria uma resposta ao cometimento de determinado fato, assim, a norma manteria seu plano de validade, sendo que a pena teria a função de reprimir a natureza de um fato passado que tentasse negar a validade daquela norma. Ainda assim, o autor manteria seu status de pessoa humana.

Em contrapartida, a pena para o inimigo seria um combate ao perigo de modo fisicamente efetivo, em que se tem uma antecipação a um fato que pode vir a se concretizar no futuro, assim, a pena teria a função de prevenir determinado fato que negasse a validade da norma.

Neste ponto, merece destaque a sistematização feita pelo professor Juarez Cirino dos Santos acerca da diferença, em Jakobs, da pena como contradição contra fatos passados e pena como segurança contra fatos futuros, conforme se observa³³:

A pena para o cidadão seria uma reação contra-fática dotada do significado simbólico de afirmação da validade da norma, como contradição ao fato passado do crime, cuja natureza de negação da validade da norma a pena pretende reprimir. A pena para o inimigo seria uma medida de força dotada do efeito físico de custódia de segurança, como obstáculo antecipado ao fato futuro do crime, cuja natureza de negação da validade da norma a pena pretende prevenir.

Diante dessa classificação de criminosos, merece destaque a forma como Jakobs descreve as diferenças entre cidadãos e inimigos.

Os cidadãos seriam autores de crimes que não teriam a capacidade de abalar a estrutura de um Estado, ou seja, são crimes que estão dentro do que pode ser aceito em um sistema social e, ainda haveria que se destacar a qualidade de sujeito de direitos destes criminosos.

Os inimigos, em sentido oposto, seriam autores de crimes que tem a capacidade de produzir uma grande instabilidade na estrutura de um Estado, assim, desafiam o sistema social e, portanto, perdem a qualidade de sujeito de direitos.

Uma análise psicanalítica é feita por Jakobs ao considerar o cidadão um ser calculável pelo princípio do prazer, assim, por meio deste, o sujeito seria capaz de lidar consigo, com conflitos internos e com indivíduos semelhantes. Isto é, seria capaz de viver em sociedade, compreender suas ações e o grau de consequências que se originam destas.

O inimigo, em sentido contrário, não poderia ser calculado pelo princípio do prazer, haja vista que não é um ser capaz de lidar com anseios ou conflitos, é um ser que não consegue visualizar sua posição como humano em sociedade. Logo, não teria como prever a ação deste sujeito em um meio social, é um ser completamente estranho ao que se tem em padrões já observados, o grande destaque seria sua imprevisibilidade, o que geraria a temor de possíveis ações futuros e destrutíveis.

³³ SANTOS, Juarez. **O direito penal do inimigo – ou o discurso do direito penal desigual**. Disponível em: <http://icpc.org.br/wp-content/uploads/2012/05/direito_penal_do_inimigo.pdf>. Acesso em: 25 set. 2019.

Por isso, ao sistematizar a forma como se dará as consequências penais para o apenado, o professor alemão faz uma divisão de fatos do cidadão e fatos do inimigo.

Neste contexto, fatos do cidadão demonstram que o sujeito pode ser calculado pelo princípio do prazer, ou seja, há uma certa previsibilidade em sua conduta, por mais que seja dentro da seara de um crime. O principal destaque se dá com a capacidade de orientação normativa³⁴, assim, a pena seria uma aplicação como contradição a um fato passado para reafirmar a validade da norma.

Nesse sentido, segue um trecho importante a fim de elucidar os fatos³⁵:

O fato dirige-se não contra a existência do Estado e nem, em princípio, contra suas instituições: o mau sobrinho pretende, pois, por seu lado, gozar a proteção da vida e a proteção da propriedade do Estado... Por isso o moderno Estado vê no autor (...) não um inimigo, que é preciso aniquilar, mas um cidadão, uma pessoa, que avariou a validade da norma mediante seu comportamento e, por isso, será chamado, coativamente, para compensar a lesão da validade da norma, mas como cidadão (e não como inimigo).

Já os fatos do inimigo correspondem a imprevisibilidade do sujeito, o qual não pode ser calculado pelo princípio do prazer e, assim, possui a incapacidade de se orientar juridicamente. A principal destinação da pena seria evitar fatos futuros, pois a instabilidade pode levar a atos irreversíveis e danosos para o meio social, como se observa³⁶:

A reação do Direito a tal criminalidade (...) não se dirige, primariamente, para a compensação de um dano à validade da norma, mas para a eliminação de um perigo: a punibilidade é antecipada amplamente no âmbito da preparação, e a pena serve para segurança de fatos futuros, não para castigo de [fatos] realizado.

2.1 A justificação do inimigo na sociedade

O professor alemão parece querer justificar sua tese em situações de grande apelo midiático, com raízes profundas e complexas. O 11 de setembro de 2001 em que as torres gêmeas do World Trade Center foram destruídas por terroristas da Al Qaeda, seria o grande trunfo a agregar os pensamentos em torno do conceito de inimigos, pois estes estariam aptos a desestruturar a ordem jurídica de uma nação, o que poderia afetar diretamente o meio social.

³⁴ *Ibidem*, p. 7.

³⁵ *Ibidem*, p. 8.

³⁶ *Ibidem*, p. 8-9.

O professor Juarez Cirino dos Santos consegue descrever com precisão acerca do tema³⁷:

A quem tudo isto ainda pareça obscuro, a este seria proporcionado um esclarecimento relâmpago através de uma referência aos fatos de 11 de setembro de 2001. O que, no caso do delinquente cotidiano ainda é natural, tratá-lo não como indivíduo perigoso, mas como pessoa que age de modo errado, já se torna difícil, como mostrado agora mesmo, no caso de autor por tendência, ou no caso de autor integrado em uma organização, (...) e culmina no caso do terrorista, como quem aqui é designado aquele que nega, em princípio, a legitimidade da ordem jurídica, e por isto se propõe a destruir esta ordem jurídica.

Merece destaque, igualmente, a formulação de um duplo sistema de imputação, o que Juarez Cirino dos Santos traduz como a proposta de separação do direito penal e do processo penal, a fim de adequá-los à dicotomia do cidadão e do inimigo.

Assim, o Direito Penal seria orientado pela culpabilidade do agente, diante de um fato passado e seria aplicado aos cidadãos. Em sentido oposto, o igual Direito Penal seria orientado pela prevenção de futuros crimes, com a adoção de medidas de segurança, a quais seria aplicadas aos inimigos.

Do mesmo modo, o processo penal seguiria essa dicotomia para se adequar aos personagens que se propõe a atingir. Para o cidadão, os direitos e garantias seriam mantidos e sistema acusatório reinaria com intuito de permitir o devido processo legal. Para o inimigo, os direitos e garantias processuais constitucionais não poderiam ser mantidos e o sistema inquisitorial tomaria conta da forma como seria aplicado o processo penal, isto é, a aplicação seria uma forma de neutralizar o inimigo.

Jakobs se propõe a formalizar essa dupla imputação a fim de permitir que seja atingindo um certo grau de exceção na concretização de garantias constitucionais históricas ao inimigo. O que se tem, em verdade, é uma vontade de trazer a guerra contra qualquer pessoa que possua a vontade de desestabilizar a ordem jurídica e social de um Estado, sem entender quaisquer motivos que estejam por trás dos crimes de grande repercussão.

Uma pertinente observação feita pelo professor Juarez Cirino dos Santos corresponde a forma como Jakobs consegue inverter a ordem das premissas que fundamentaram as revoluções

³⁷ *Ibidem*, p. 9.

burguesas e se mantêm com o Estado Democrático de Direito. Porquanto, a dicotomia cidadão e inimigo concretiza uma desigualdade formal, ou seja, desconstrói todas as lutas já realizadas nos séculos passados, em que se buscou a igualdade formal, ainda que materialmente não se tenha grandes avanços, porém, torna-se grave a normalização de uma desigualdade dentro de leis e políticas públicas, as quais, certamente, aproximam-se dos ditames do nacional socialismo. Nas palavras do ilustre professor³⁸:

A tese da desigualdade formal perante a lei entre cidadãos e inimigos contradiz o princípio democrático que inspirou as revoluções burguesas, fundadas na desigualdade real da relação capital/trabalho assalariado, mas instituídas sob a igualdade formal de uma legalidade geral aplicável a todas as pessoas, durante todo o tempo – precisamente o que JAKOBS rejeita. Entre outros problemas da proposta, teríamos o seguinte: quando o Estado Democrático de Direito precisa ser instituído ou desenvolvido na América Latina e no Terceiro Mundo – ou consolidado nos países centrais do sistema político-econômico globalizado –, a proposta do direito penal do inimigo promove um modelo autoritário de controle social, que acaba por inviabilizar mínimas promessas constitucionais de democracia real para o povo (Grifos nossos).

De certo, a questão da desigualdade formal produzida pela visão proposta com a tese do Direito Penal do Inimigo preocupa em grande escala, na medida em que historicamente a cidadania brasileira foi construída em alicerces de não pertencimento de certos grupos vulneráveis. O professor James Holston³⁹ defende a existência de leis que produzem desigualdades no Brasil, assim, o brocardo de igualdade formulado por Rui Barbosa de tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de suas desigualdades, apenas fundamenta uma desigualdade que já está inserida nas próprias leis, pois estas são criadas por ilegalidades e injustiças e, do mesmo modo, produzem ilegalidades e injustiças.

No caso em questão, gostaria de enfatizar não apenas que a lei produz ilegalidade e injustiça, mas também que a ilegalidade e a injustiça produzem a lei. Ademais, embora seja previsível que a lei gere caos, com frequência isso se faz por propósitos estratégicos que pouco têm a ver com a justiça. O estado de direito tem tanto a ver com essas produções como com objetivos de probidade, clareza e resolução. Com certeza, a lei precisa promover esses ideais, caso contrário seu arbítrio comprometerá a possibilidade da justiça. No entanto, a compreensão de que múltiplos interesses informam sua aplicação e sua elaboração evita a suposição de que a lei é justa (democrática) sem a investigação das formas pelas quais um específico estado de direito se liga a um regime de cidadania (Grifos nossos).

Logo, dependendo do tipo de inimigo que esteja em foco, as consequências podem vir a

³⁸ *Ibidem*, p. 12-13.

³⁹ HOLSTON, JAMES. **Cidadania Insurgente: Disjunções da Democracia e da Modernidade no Brasil.** Tradução Claudio Carina. Revisão Técnica Luísa Valentini. 1ª ed. São Paulo. Companhia da Letras, 2013.

ser maiores, os grupos mais vulneráveis indubitavelmente sofrem mais, apesar de que todos os grupos rotulados como inimigos, igualmente, perdem garantias constitucionais, as quais afetam todos.

Portanto, é necessário pontuar que determinados sujeitos já possuem uma certa discrepância como cidadãos, por condições históricas que produzem uma ideia de não pertencimento e pelo fato de a lei já os caracterizar como desiguais, isto é, um conjunto de fatores já os torna aptos a serem vistos como inimigos de um Estado, a guerra às drogas é um grande exemplo de como as injustiças funcionam.

Para além disso, possuímos determinados sujeitos que em alguns momentos podem vir a ser tratados como inimigos, seja por pressões internas de um Judiciário que está cada vez mais assoberbado em seu ego profundo, seja por pressão midiática que reproduz o pensamento de quem está dominando as estruturas de poder e não quer que estas sejam modificadas ou deturpadas.

Diante de tal contexto, percebe-se que a proposta do inimigo dentro do Direito Penal tem como alicerce a adoção do direito penal do autor, na medida em que há uma antecipação do reconhecimento do sujeito, inimigo, antes mesmo da prática de qualquer delito.

As características subjetivas, portanto, dominam a busca que o Estado fará para neutralizar o mal, o que acaba por deixar de lado a momento do fato, ou seja, o momento em que se concretiza no mundo humano o delito.

A teoria de Jakobs não consegue visualizar as causas profundas que rodeiam os possíveis delitos praticados pelos supostos inimigos do Estado. A exclusão dos cidadãos pelas condições sociais em que estes se encontram ao serem marginalizados, a falta de uma busca pela essência de comportamentos éticos a serem aplicados na sociedade como forma de diminuir a incidência de ações questionáveis e prejudiciais, acabam por serem ofuscadas pela concepção de que inimigos não possuem condições de serem avaliados a fim de se determinar as soluções desses problemas estruturais. Assim, o Direito Penal se torna o único vetor capaz de proporcionar alguma medida instantânea e certamente sem grandes efeitos, o que leva seus defensores ao extremo, permitindo a prática de extermínio para responder aos anseios da sociedade.

O conceito de pena em Jakobs, segundo o professor Juarez Cirino dos Santos, não tem a menor vontade de compreender quais os objetivos aparentes e reais que moldam o sistema penal, como se vê⁴⁰:

Segundo, o conceito de pena da teoria de JAKOBS passa por cima da distinção entre (a) objetivos aparentes do sistema penal, expressos no discurso oficial da teoria jurídica da pena, de retribuição, de prevenção especial e de prevenção geral, e (b) objetivos reais do sistema penal, de garantia das desigualdades sociais da relação capital/trabalho assalariado, integrados no discurso crítico da Criminologia desde PASUKANIS. Essa carência teórica é responsável pela esquizofrenia do discurso oficial da teoria jurídica da pena em face da realidade concreta do sistema penal.

Verifica-se, ainda, a falta de responsabilização do Direito como propagador de desigualdades sociais, haja vista que como observado em Holston, as leis já nascem produzindo desigualdades que não são enfrentadas como significativas para o cometimento de delitos.

2.2 A política criminal do inimigo e Foucault

Além disso, a política criminal em Jakobs não se debruça sobre o conceito de *disciplina* formulado por Foucault, uma vez que o sistema penal implementa uma tática de dominação/exploração⁴¹ e, assim, produz um indivíduo útil das relações de produção e dócil das relações de dominação.

Importante pontuar as palavras de Cesar Candiotto sobre o tema⁴²:

A disciplina é a técnica de poder que fabrica os indivíduos ao utilizar como plataforma uma anatomia política do corpo. A distribuição e repartição superficial dos corpos em um espaço determinado os tornam úteis e dóceis; mas pela docilização e otimização dos corpos visa-se à constituição de um incorporal, de uma subjetividade docilizada. Foucault oferece ao leitor uma genealogia da alma moderna mediante a história das técnicas de poder disciplinares que atuam sobre o corpo. Adverte que esta "alma", também denominada de consciência, psique, subjetividade, jamais é uma realidade preexistente sobre a qual atuam os mecanismos punitivos; antes, somente é constituída como alma porque há um investimento político sobre o corpo (Foucault, 1975/1987, p. 29). Na fábrica, na escola, no hospital, no convento, no regimento militar ou na prisão trata-se sempre da constituição de uma anatomia política pela distribuição espacial dos indivíduos e o controle de suas atividades; ou pela combinação dos corpos e das forças, de modo a deles extrair a máxima utilidade. Ao ser o corpo

⁴⁰ SANTOS, Juarez. **O direito penal do inimigo – ou o discurso do direito penal desigual**. Disponível em: <http://icpc.org.br/wp-content/uploads/2012/05/direito_penal_do_inimigo.pdf>. Acesso em: 25 set. 2019.

⁴¹ Ibidem, p. 17.

⁴² CANDIOTTO, Cesar. **Disciplina e segurança em Michel Foucault: a normalização e a regulação da delinquência**. Psicol. Soc., Belo Horizonte, v. 24, n. spe, p. 18-24, 2012. Available from <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S010271822012000400004&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 10 Nov. 2019.

parte de um espaço, núcleo de um comportamento, soma de forças que se aglutinam, torna-se possível adestrá-lo e torná-lo útil. A anatomia política do corpo fabrica pequenas individualidades funcionais e adaptadas mediante investimentos microfísicos, capilares. Daí a importância do detalhe do gesto e da minúcia do olhar.

Portanto, a prisão é uma aparelhagem para tornar os indivíduos mais dóceis e úteis, através de um trabalho preciso sobre o seu corpo. Primeiramente, privando-o de liberdade, que é um bem que pertence a todos de forma universal. E tomando também o tempo do indivíduo, tempo este em que ele deverá trabalhar, "pagando" assim sua dívida com a sociedade.

A prisão é então um lugar em que se procura conhecer bem cada detento, observar seu comportamento, suas disposições, sua progressiva melhora. Neste sentido Foucault⁴³ nos fala sobre o panóptico, construção em que há aquele que tudo vê o tempo todo, conferindo uma vigilância constante, um controle e um saber sobre o outro. Uma arquitetura à serviço de uma relação de poder. Além disso, os que trabalham na prisão devem fazer boletins frequentes sobre o desenvolvimento dos detentos. Estes mecanismos tornam possível a modulação da pena.

A figura do delinquente se esboça então. O castigo legal se refere a um ato, mas a técnica punitiva se refere a uma vida. Na prisão se busca a biografia do criminoso, tudo aquilo que o levou a cometer o crime, enxergá-lo para além do ato cometido, e é quando se trata de medir o crime que o discurso penal se mistura com o psiquiátrico. No sistema penitenciário o delinquente não é aquele visto apenas como autor de um ato, mas de um ser que está amarrado a seu delito por várias questões complexas, e a técnica penitenciária vai agir justamente na afinidade que o criminoso tem com seu crime.

Com um recorte mais pontual e específico, o texto introdutório do livro "Prisões da Miséria"⁴⁴, Rumo a uma ditadura sobre os pobres trata da situação prisional no Brasil e de sua relação com a miséria. A penalidade brasileira baseia-se em remediar com um "mais Estado" policial e penitenciário o "menos Estado" econômico e social - mas o problema é que este é justamente a causa da insegurança e da criminalidade.

Uma mentalidade norte americana de penalidade neoliberal quando aplicada em países aonde a desigualdade social já é um problema crônico, só faz agravar as disparidades sociais,

⁴³ FOUCAULT, M. (1975). **Vigiar e Punir. História da Violência nas Prisões**. Trad. bras. Raquel Ramallete. 18ª. Ed. Petrópolis: Vozes, 1987.

⁴⁴ WACQUANT, Loïc. 1999. **As Prisões da Miséria**. Paris: Raisons d'Agir. 190 pp.

que alimentam a violência criminal. O capitalismo cruel faz com que os pobres, os que vivem à margem da sociedade e da classe dominante, busquem formas alternativas e muitas vezes criminosas de sobreviver, e são penalizados pela violência policial. A hierarquia de classes é outro fator agravante, pois há uma discriminação baseada na cor, e os negros serão sempre penalizados de forma mais brutal que os brancos.

A insegurança só aumenta com a intervenção das forças de ordem: o uso rotineiro da violência policial intensifica a oposição cultural entre aqueles que receberam uma boa educação e os marginais, selvagens, e desta forma a manutenção da ordem de classe se confunde com a manutenção da ordem pública.

Em verdade, a forma como a criminalidade se manifesta no mundo capitalista representa uma busca pela manutenção das estruturas de poderes, visto que aquela além de ser lucrativa, ainda, consegue produzir o sentimento de medo social, o que sustenta a atuação de um Estado Repressivo, como se vê⁴⁵:

A normalização da delinquência, além de ser economicamente lucrativa e politicamente útil para neutralizar as lutas sociais, também opera como justificativa para a atuação, recorrentemente excessiva, por parte dos aparelhos de controle e regulação estatais. A alternância entre estar dentro e fora da prisão, inerente à reincidência, é um fator não desprezível de produção da insegurança social, a qual, por sua vez, desperta na população a demanda pelo controle policial ostensivo. Frequentemente a população pensa que o policiamento e o encarceramento são mecanismos de combate à delinquência. Raramente levam em conta que eles são mecanismos produtores da insegurança ao se valerem da normalização e regulação da delinquência para gerir e pulverizar as manifestações políticas e sociais, mas também para legitimar de fato a atuação, muitas vezes ilegal, do estado e seus aparelhos repressivos. Grosso modo, se pelo aprisionamento se produz e se normaliza o delinquente, já quando ele retorna à sociedade passa a ser objeto de uma maneira de gerir e controlar que dele extrai proventos econômicos e benefícios políticos. Se dentro da prisão o delinquente é fabricado pelas disciplinas, fora dela ele é governado por dispositivos de segurança.

Conforme demonstra Juarez Cirino dos Santos⁴⁶ ao citar Baratta, o discurso de estabilização das expectativas do Direito Penal do cidadão e de eliminação antecipada do Direito Penal do inimigo compõem a tradicional ideologia do Direito Penal, a qual apenas reproduz as desi-

⁴⁵ CANDIOTTO, Cesar. **Disciplina e segurança em Michel Foucault: a normalização e a regulação da delinquência**. Psicol. Soc., Belo Horizonte, v. 24, n. spe, p. 18-24, 2012. Available from <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S010271822012000400004&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 10 Nov. 2019.

⁴⁶ SANTOS, Juarez. **O direito penal do inimigo – ou o discurso do direito penal desigual**. Disponível em: <http://icpc.org.br/wp-content/uploads/2012/05/direito_penal_do_inimigo.pdf>. Acesso em: 25 set. 2019.

gualdades sociais das sociedades modernas. No entanto, cabe frisar que o direito penal do cidadão mantém as desigualdades sociais já estruturadas, e o direito penal do inimigo amplia as desigualdades sociais estruturadas.

3 – O NOVO INIMIGO NO CONTEXTO PÓS LAVA-JATO

É necessário destacar que a corrupção no Brasil possui origens históricas e, certamente, encontra-se enraizada no contexto social brasileiro. Desde os portugueses, observa-se a falta de condutas morais que prezem pela sociedade, neste ponto, a individualidade e a busca pelo poder modificava o modo como deveria ser estruturado o país.

O professor James Holston faz uma substancial análise a respeito de como os índios e negros foram excluídos como cidadãos nos momentos iniciais de colonização e aperfeiçoamento do Estado brasileiro. Estes só vieram a ser incluídos como forma de tentar diminuir a condição da raça inferior que supostamente possuíam, ao mesmo tempo que eram domesticados, e passavam a compor o Estado. Assim, com a passagem destes para condição de cidadãos não tinham os mesmos direitos de terra, os indígenas, e os negros saíam da escravidão para serem cidadãos de segunda classe⁴⁷. Tal premissa possui demasiada influência na estrutura de estado que se possui hoje e na forma como se faz política no país.

Notório observar que a construção da nação brasileira nunca teve o propósito de equilibrar as disparidades sociais. Em verdade, o que se queria era manter as estruturas intactas e isso se confirma nos momentos atuais, haja vista que as desigualdades sociais são incrivelmente grandes no Brasil.

Por isso, no cenário atual o inimigo não é só aquele que comete delitos relacionados com o tráfico de drogas, pois de igual modo o crime que possui um grande impacto econômico é visto como um grande destabilizador do meio social.

Neste contexto, cumpre pontuar que no cenário em que se quer manter o poder concentrado em uma minoria, a ideia de que os crimes de grande impacto econômico são as reais causas de todas as desigualdades que afrontam o país é a resposta mais satisfatória para acalmar o ânimo daqueles que se encontram em descontentamento com os grandes casos de corrupção que abalam o país.

Na verdade, os crimes de colarinho branco, no presente trabalho refletido nos crimes de

⁴⁷ HOLSTON, JAMES. **Cidadania Insurgente: Disjunções da Democracia e da Modernidade no Brasil**. Tradução Claudio Carina. Revisão Técnica Luísa Valentini. 1ª ed. São Paulo. Companhia da Letras, 2013, p. 96-119.

corrupção, por mais que afetem em grande escala o país e sua economia, relativizam garantias constitucionais não só do inimigos corruptos, mas de todos os que venham a ser processados criminalmente, e a massa carcerária não é composta por corruptos e sim pela parcela mais pobre da população, ou seja, o corrupto tem suas garantias violadas, mas, ao mesmo tempo consegue ter uma boa defesa técnica, o pobre não consegue ter os mesmos benefícios.

Merece destaque o trecho do artigo “Operación Lava Jato Y El Debido Proceso Legal: Opinión Jurídica Ante El Tribunal Europeo De Derechos Humanos” do professor Geraldo Prado⁴⁸:

El mito autoritario del proceso penal invertirá ideológicamente la secular crítica de la criminología latinoamericana, de que la justicia penal persigue de modo preferente a los pobres negros de las periferias de las grandes ciudades; y que conectada a las clases medias por el discurso de combate a la corrupción estará en los fundamentos de las acciones de motivación política que inspiran la actual cruzada contra la corrupción, la cual es comandada por el juez federal Sérgio Fernando Moro, cuya exposición mediática planeada estratégicamente, incentivará la constitución de un gueto en el sistema penal, que se opone a las garantías del proceso previstas en la Constitución, promulgada en 1988, después del fin de la reciente dictadura.

Embora, seja de ruim para um país ter que lidar com casos de corrupção de seus governantes e isto demonstre que uma melhor atenção deva ser dada aos possíveis causadores destas formas de se valer do bem público, é necessário igualmente notar que os sujeitos delituosos estão inseridos dentro de um Estado Democrático de Direito e devem ter suas garantias constitucionais preservadas a fim de manter os pressupostos que fundamentam todas as leis brasileiras. Consequentemente, as garantias constitucionais valerão para os menos favorecidos que não tem as mesmas armas para lutar contra um sistema que reprime direitos.

3.1 Da prisão antes do trânsito em julgado

Desde o mensalão e com maior destaque no âmbito da operação lava-jato, as estratégias usadas para o combate à corrupção foram duvidosas e empregaram um grande número de supressão de direitos e garantias dos acusados.

A exposição midiática foi excessiva e manipuladora, na medida em que criminalizava a

⁴⁸ PRADO, Geraldo. Operación Lava Jato Y El Debido Proceso Legal: Opinión Jurídica Ante El Tribunal Europeo De Derechos Humanos. **Revista del Poder Judicial del Estado de Nuevo León**. Julio / Diciembre 2018 3.a Época Año 6 Número 12. P. 56-107. Disponível em: <https://www.academia.edu/39517693/Operacio_n_Lava_Jato_Judicatus_y_la_imparcialidd_del_juez>. Acesso em: 10 nov. 2019.

atuação de alguns partidos políticos, fomentava o impeachment de uma presidenta democraticamente eleita, trazia o sentimento de revolta geral com os rumos do país e certamente deu espaço para o avanço de heróis, como o principal responsável pelo julgamento em primeiro grau da operação lava-jato, e ao político do Rio de Janeiro de extrema direita para ser presidente do país.

Nas palavras de Rogério Christofolletti, verifica-se que desde o início como as mídias tiveram seu importante papel na condução das ações tomadas no país pós lava-jato⁴⁹:

Nos meios de comunicação, a crônica política nacional se tornou cada vez mais noticiário policial, criando condições que alimentaram grandes manifestações populares, apresentação de pedidos de impeachment de Dilma Rousseff e seu vice Michel Temer, contestação sobre os presidentes da Câmara Federal (Eduardo Cunha) e Senado (Renan Calheiros), batalhas judiciais, descrença generalizada na política, e disputa midiática em torno dos rumos e sentidos da República.

A questão sobre a possibilidade de execução da sentença penal condenatória após a confirmação da condenação em segundo grau já possuiu diversos posicionamentos pelo Supremo Tribunal Federal (STF).

Vale ressaltar que a última alteração do posicionamento se deu no julgamento das ADCs 43, 44 e 54 ajuizadas pelo PEN - Partido Ecológico Nacional (atual Patriota), o Conselho Federal da OAB e o PCdoB - Partido Comunista do Brasil com o objetivo de examinar a constitucionalidade do artigo 283 do CPP, que prevê, entre as condições para a prisão, o trânsito em julgado da sentença condenatória. O STF julgou procedente as ADCs para declarar constitucional o artigo 283 do CPP, como se vê:

Decisão: O Tribunal, por maioria, nos termos e limites dos votos proferidos, julgou procedente a ação para assentar a constitucionalidade do art. 283 do Código de Processo Penal, na redação dada pela Lei nº 12.403, de 4 de maio de 2011, vencidos o Ministro Edson Fachin, que julgava improcedente a ação, e os Ministros Alexandre de Moraes, Roberto Barroso, Luiz Fux e Cármen Lúcia, que a julgavam parcialmente procedente para dar interpretação conforme.

Tal decisão permitiu que sujeitos, como Luís Inácio Lula da Silva, pudessem aguardar o julgamento fora da prisão. No entanto, cumpre pontuar que no atual momento desta decisão,

⁴⁹ CHRISTOFOLETTI, ROGÉRIO. Riscos Éticos Em Tempos De Delações, Vazamentos E Clamor Pela Transparência. *Brazilian Journalism Research* - Volume 12 - Número 2 – 2016, p. 58-77. Disponível em: <<https://bjr.sbpjor.org.br/bjr/article/view/889/783>>. Acesso em : 17 de Set. de 2019.

verificou-se um recrudescimento do poder que possuía os atores da lava-jato, ainda mais com o vazamento de conversas feitos pelo portal jornalístico Intercept, o qual demonstrou os bastidores da operação, com uma série de violação de direitos, inclusive, ainda está pendente o julgamento do pedido de suspeição do Juiz Sérgio Moro no STF.

Segue um trecho do Habeas Corpus nº 164493 em que se discute o pedido de suspeição do ex-Juiz Federal Sérgio Moro⁵⁰:

No curso das investigações da assim denominada “Operação Lava Jato”, o Juiz Federal Sérgio Fernando Moro revelou clara parcialidade e motivação política nos atos de perseguição que envolveram o ex-Presidente Lula. Houve manifestas ilegalidades e arbitrariedades contra o Paciente com o objetivo de afetar sua imagem e sua reputação naquele período, como a sua condução coercitiva (já declarada inconstitucional por esta Suprema Corte), buscas e apreensões, interceptações telefônicas e divulgação de parte do conteúdo das conversas interceptadas, dentre outras coisas.

Antes dessa modificação recente a respeito da prisão anterior ao trânsito em julgado da sentença penal condenatória, o STF havia alterado seu posicionamento no julgamento do Habeas Corpus 126.292/SP na sessão do dia 17/02/2016 para permitir o início da execução da sentença penal condenatória após a condenação em segundo grau, antes o entendimento se coadunava com o atual de 07/11/2019, conforme o disposto no julgamento do Habeas Corpus 84.078/MG⁵¹.

A decisão do Habeas Corpus 126.292/SP, foi no sentido de que se poderia iniciar a execução da sentença penal condenatória após a confirmação da condenação em segundo grau, ainda que não houvesse o trânsito em julgado. Logo, o STF considerava, em sua grande maioria, que o entendimento firmado em 2016 não feria o princípio da presunção de inocência, disposto no art. 5º, LVII, da Constituição da República:

Art. 5º, LVII. LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória⁵²;

Confira-se a ementa deste julgado:

CONSTITUCIONAL. HABEAS CORPUS. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA

⁵⁰ BRASIL. **Habeas Corpus 164.494**. Disponível em: <<https://lula.com.br/wp-content/uploads/2019/06/Doc.-02-Inicial-do-HC-de-suspeic%CC%A7a%CC%83o.pdf>>. Acesso em: 13. nov. 2019.

⁵¹ BRASIL. STF, Pleno, **Habeas Corpus 84.078**, rel. Min. Eros Grau, julgamento 05.02.2009, publicação 26.02.2010.

⁵² BRASIL. **Constituição (1998)**. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 09 nov. 2019.

PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5º, LVII). SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA CONFIRMADA POR TRIBUNAL DE SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE. 1. A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal. 2. Habeas corpus denegado. (STF, Pleno, Habeas Corpus 126.292, rel. Min. Teori Zavascki, julgamento 17.02.2016, publicação 17.05.2016).

Dentro desse novo entendimento, é imprescindível trazer para discussão do presente trabalho, os reais motivos que levaram o STF a mudar o seu entendimento para permitir a prisão após a condenação em segunda instância. Como já ressaltado, a força que a operação lava-jato possuía naquele momento, bem como a pressão midiática em torno do caso, colocava o poder Judiciário entre quatro paredes, a fim de que não fosse um empecilho para resposta a suposta impunidade no país.

Portanto, uma das maneiras de se verificar a formação de inimigos da sociedade é observar como a cultura de massa, por meio da pressão midiática, age com relação a determinados sujeitos delituosos.

Nas palavras do advogado Luiz Flávio Borges D'Urso⁵³:

Nos tempos de "lava jato", diante da mobilização da opinião pública, leiga, verifica-se uma revolta popular contra o sistema recursal, como se este servisse para procrastinar o processo, na busca da impunidade, quando, na verdade, o sistema recursal existe porque a justiça é realizada por homens, portanto, falível, pois falível é o homem. Assim, quem investiga pode se equivocar, como também quem acusa, além de quem julga, que também pode errar, servindo os recursos para diminuir, o quanto possível, a margem de erro.

Naquele momento, em 2016, a mudança no entendimento era a ação mais esperada pelo Supremo Tribunal Federal, alguns ministros sempre sinalizaram no sentido de serem protagonistas, pelo discurso inflamado de salvadores do país.

O voto do ministro Luís Roberto Barroso⁵⁴ segue uma linha de argumentação pautada na romantização do discurso, em apelo a casos de grande comoção para reafirmar seu posicionamento, o qual vai de encontro com os mesmos argumentos midiáticos de massa, como se vê:

⁵³ D'URSO, Luiz. A prisão em segunda instância nos tempos de "lava jato". Conjur. 2017. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-jul-26/opinioao-prisao-segunda-instancia-tempos-lava-jato>>. Acesso em: 12 nov 2019.

⁵⁴ BRASIL. **HABEAS CORPUS 126.292**. Ministro Luís Roberto Barroso. Voto. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/arquivos/2016/5/art20160511-04.pdf>>. Acesso em: 11 nov 2019

Alguns exemplos emblemáticos auxiliam na compreensão do ponto²⁴. No conhecido caso “Pimenta Neves”, referente a crime de homicídio qualificado ocorrido em 20.08.2000, o trânsito em julgado somente ocorreu em 17.11.2011, mais de 11 anos após a prática do fato. Já no caso Natan Donadon, por fatos ocorridos entre 1995 e 1998, o ex-Deputado Federal foi condenado por formação de quadrilha e peculato a 13 anos, 4 meses e 10 dias de reclusão. Porém, a condenação somente transitou em julgado em 21.10.2014, ou seja, mais de 19 anos depois. Em caso igualmente grave, envolvendo o superfaturamento da obra do Fórum Trabalhista de São Paulo, o ex-senador Luiz Estêvão foi condenado em 2006 a 31 anos de reclusão, por crime ocorrido em 1992. Diante da interposição de 34 recursos, a execução da sanção só veio a ocorrer agora em 2016, às vésperas da prescrição, quando já transcorridos mais de 23 anos da data dos fatos.

Aqui se tem um grande problema, pois um Judiciário pautado nos anseios da sociedade e que deixa de levar em consideração a carta magna de 1988, é um Judiciário tímido que se afasta do Estado Democrático de Direito, consequentemente, deixa uma parcela da população sem garantias.

A principal preocupação que se tem é com relação a efetividade dos direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição Federal, pois no momento de aplicação destes é visualmente intrigante a falta de concretização no mundo fático das ações relativas a crimes de grande mobilização social.

Nesse sentido Ferrajoli afirma que⁵⁵:

É relativamente fácil delinear um modelo garantista em abstrato e traduzir-lhe os princípios em normas constitucionais dotadas de clareza e capazes de deslegitimar, com relativa certeza, as normas inferiores que dela se apartam. Mas difícil é modelar as técnicas legislativas e judiciárias idôneas a assegurar efetividade aos princípios constitucionais e aos direitos fundamentais por eles consagrados. **A coisa mais difícil, além da elaboração teórica e normativa dos princípios, dos direitos e de suas garantias jurídicas, é, contudo, defender, atuar e desenvolver na prática o sistema das garantias** (Grifos nossos).

Portanto, o sistema de garantias deve ser reafirmado no momento em que se tem um réu sofrendo uma ação penal. Porquanto, é no período em que a incidência das garantias é mais contestada e menos aplicada pelos operadores do direito.

⁵⁵ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. Trad. Ana Paula Zomer Sica [et al.]. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

Conforme Aury Lopes Junior⁵⁶, observando o princípio da presunção de inocência, verifica-se duas dimensões intrínsecas a ele. Primeiro, sua dimensão interna diz respeito ao brocardo do “*in dubio pro reu*”, ou seja, em caso de dúvida a absolvição é obrigatória. Em segundo lugar, a sua dimensão externa diz respeito ao tratamento que deve ser dado ao réu no momento em que sofre uma ação penal, pois, a sociedade tende a estigmatizar o réu ao ponto deste se sentir fora do meio social, como se já fosse um inimigo a ser neutralizado.

No entanto, a realidade se afasta muito da teoria e o princípio é muitas vezes esvaziado, sem que tenha a condição de se manifestar adequadamente, haja vista que a pressão a respeito de soluções se materializa em várias decisões judiciais, neste ponto, a mídia consegue refletir seu poder real.

Uma questão a ser desenvolvida, resumidamente, corresponde ao crime de tráfico de drogas. Sabe-se que a política estadunidense de combate ao tráfico tomou conta da América e, hoje, a guerra às drogas é um grande problema social que se tem no Brasil.

Notório observar que a política de contenção às drogas é ineficaz. O professor Salo de Carvalho em seu artigo “Política de Guerra às Drogas na América Latina entre o Direito Penal do Inimigo e o Estado de Exceção Permanente” destaca que “a retórica da emergência repressiva de sacrificialização dos direitos em nome do bem maior ‘segurança’ expressa a gradual tendência de ofuscar os limites entre os poderes, rompendo com a ideia de sistemas de controle (freios e contrapesos) dos excessos punitivos. Neste quadro, o Poder Judiciário, portador por excelência do discurso de garantias do direito penal, estaria agregado aos demais Poderes (repressivos), objetivando a capacitação e a legitimação da exceção, ofuscando a potencialidade de limitação das violências inerente ao discurso penal da modernidade (funções declaradas)”⁵⁷.

Assim, os estereótipos criminais resultados das guerras às drogas modelam o agir dos agentes inquisitoriais, direcionam o raciocínio judicial e fornecem aos leigos motivos para quererem práticas penais animais e certamente desprovidas de direitos e garantias. A guerra

⁵⁶ LOPES Jr, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. Vol. 2. 7 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 56.

⁵⁷ CARVALHO, SALO. Política de guerra às drogas na América latina entre o direito penal do inimigo e o estado de exceção permanente. **Revista Crítica Jurídica** - N° 25, Jan/Dez 2006, p. 262. Disponível em: <<http://revistas.unibrazil.com.br/cadernosjuridico/index.php/juridico/article/view/5>>. Acesso em: 16 de Set. de 2019.

às drogas é uma guerra interminável contra inimigos intermináveis e a sociedade é a mais afetada por todas essas decisões irracionais.

Desta forma, a percepção que se tem das guerras às drogas é a percepção da luta contra o bem e o mal, contra o homem bom e o inimigo. No entanto, poderia ser o corrupto um inimigo do Estado, após as pressões midiáticas e sociais resultantes da operação lava-jato?

Na visão de Eugenio Raúl Zaffaroni⁵⁸, o Estado busca fomentar a identificação de inimigos como forma de direcionar a atenção para outros fatores que não os reais causadores de determinadas distorções sociais. Logo, a rotatividade de inimigos é grande e está relacionada como o momento socioeconômico e político de um país.

No âmbito da operação lava-jato, a utilização gigantesca das redes sociais a expressiva divulgação midiática, deu-se em grande parte pela atuação do Ministério Público e pelo protagonismo do Juiz Herói.

Ainda, nesse contexto, as dez medidas contra corrupção, Projeto de Lei 4.850/2016, fortaleceram a o apoio popular na luta contra corrupção. Como se pode observar elas correspondem à: 1) Prevenção à corrupção, transparência e proteção à fonte de informação; 2) Criminalização do enriquecimento ilícito de agentes públicos; 3) Aumento das penas e crime hediondo para corrupção de altos valores; 4) Aumento da eficiência e da justiça dos recursos no processo penal; 5) Celeridade nas ações de improbidade administrativa; 6) Reforma no sistema de prescrição penal; 7) Ajuste nas nulidades penais; 8) Responsabilização dos partidos políticos e criminalização do caixa dois; 9) Prisão preventiva para assegurar a devolução do dinheiro desviado; 10) Recuperação do lucro derivado do crime⁵⁹.

Portanto, percebe-se que a aproximação do corrupto com o inimigo é um fato perceptível pela forma em como se quer combater o problema. O objetivo midiático e a luta que vem sendo proposta fortemente pelos atores da lava jato, como o Ministério Público, fomenta a visão de luta contra o mal, contra o atraso social do Brasil.

⁵⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo no direito penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 63 64.

⁵⁹ BRASIL. **10 Medidas Contra a Corrupção: conheça as medidas**. Disponível em: <<http://www.dezmedidas.mpf.mp.br/apresentacao/historico>>. Acesso em: 5 de nov. de 2019.

Do mesmo modo, a mudança na jurisprudência do STF, em 2016, acerca da prisão antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, demonstra como a pressão midiática, social e a reformulação de um novo inimigo, consegue produzir a diminuição da incidência de direito e garantias, como forma de combater o problema social.

No entanto, antes de afirmar de forma concreta o caráter de inimigo que pode ser observado com o crime de corrupção, é necessário averiguar como a introdução da justiça negocial, por meio da delação premiada, pode afetar o posicionamento sobre o tema. Ou seja, como a delação premiada pode levar o corrupto a ser visto como um inimigo.

3.2 Da delação premiada ao inimigo corrupto

As delações premiadas são os verdadeiros trunfos da acusação dentro do contexto da lava jato e produzem informações, prisões, sentenças contra os réus nas ações penais.

Para além disso, verifica-se o forte apoio para que a justiça negocial faça parte de todo o processo penal, haja vista que está restrita aos crimes de organização criminosa. Assim, o uso na operação de acordos seria um meio de diminuir direitos e garantias dos acusados, uma forma de colocá-los como inimigos?

Inicialmente, cumpre pontuar que a justiça criminal negocial objetiva suprimir o processo, por meio de uma maior celeridade, na qual ambas as partes chegam a um acordo acerca sanção penal.

Nas palavras de Vinicius Gomes de Vasconcellos⁶⁰:

A justiça criminal negocial (ou consensual) define-se como: modelo que se pauta pela aceitação (consenso) de ambas as partes – acusação e defesa – a um acordo de colaboração processual com o afastamento do réu de sua posição de resistência, em regra impondo encerramento antecipado, abreviação, supressão integral ou de alguma fase do processo, fundamentalmente com o objetivo de facilitar a imposição de uma sanção penal com algum percentual de redução, o que caracteriza o benefício ao imputado em razão da renúncia ao devido transcorrer do processo penal com todas as garantias a ele inerentes.

Em suma, a delação premiada é uma forma de imputar a um terceiro um determinado

⁶⁰ VASCONCELLOS, Vinicius G. **Barganha e justiça criminal negocial: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro**. São Paulo: IBCCrim, 2015, p. 55.

crime, para assim, o delator buscar a diminuição de sua pena. O que a difere da barganha, na qual o próprio sujeito negocia sua pena com supressão total do processo.

Dito isso, o problema central da delação premiada é a sua transformação em um sistema, denominado por Canotilho como *autopoiético*⁶¹, que se multiplica à margem dos princípios constitucionais de separação dos poderes, de distribuição de competências, da legalidade, da isonomia, da proporcionalidade.

Com efeito, uma primeira crítica a este tipo de acordo se baseia na vulneração do princípio da legalidade processual, no tocante a sua obrigatoriedade, porquanto uma dúvida constante, circunscreve-se a sua aplicação ampliada, aos moldes Estadunidenses, em que muitos casos são determinados por acordos anteriores ao processo, o júri é quase inexistente⁶².

Um dos argumentos críticos para se enfrentar o tema, verifica-se na aceitação em colaborar, pois, de alguma forma, quem colabora com o sistema penal negocial, encontra-se encurralado ou, em melhor expressão, sob coação⁶³. Nesta linha de pensamento, a tortura para se obter uma confissão não se dá em métodos físicos, mas no momento em que o acusador se utiliza de ameaças de elevação da pena para que o réu/investigado se declare culpado.

Neste ponto, o blefe é um dos artifícios utilizados para que o imputado seja coagido a aceitar o acordo, sob ameaça de que sua pena poderá ser elevada, o que importa em uma condenação eivada de vícios, no tocante à adoção de métodos que impeçam o direito de defesa do acusado⁶⁴.

⁶¹ Cfr. LUHMANN. *Das Recht der Gesellschaft*. 1993, p. 8. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; BRANDÃO, Nuno. Colaboração premiada: reflexões críticas sobre os acordos fundantes da Operação Lava Jato. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. Vol. 133. ano 25. p. 133-171. São Paulo: Ed. RT, jul. 2017. p. 139

⁶² LANGBEIN, John. Sobre el mito de las constituciones escritas: La desaparición del juicio penal por jurados. In: *Nueva Doctrina Penal*, Buenos Aires, del Puerto, tomo 1996/A (trad. del original que no menciona año, C. Courtis y A. Bovino), p. 47. In: ANITUA, Gabriel I. La importación de mecanismos consensuales del proceso estadounidense, en las reformas procesales latinoamericanas. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, v.1, 2015. p. 51.

⁶³ VASCOCELLOS, Vinicius Gomes de. **Colaboração premiada no processo penal**. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. p. 39-40.

⁶⁴ CABEZUDO RODRIGUEZ, Nicolás. El Ministerio Público y la justicia negociada en los Estados Unidos de Norteamérica. Granada: Comares, 1996, p. 111. In: ANITUA, Gabriel I. La importación de mecanismos consensuales del proceso estadounidense, en las reformas procesales latinoamericanas. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, v.1, 2015. p. 54.

Assim, neste caso, a confissão se torna um elemento de um sistema amplamente inquisitorial, na medida em que o Estado coage o imputado, com a possível aplicação de uma pena elevada, para evitar o contraditório judicial. Ou seja, o questionamento não se dá com o fato de o imputado querer colaborar, mas, com o fato de o Estado pressionar a colaboração e reprimir as garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa.

Portanto, a verdadeira pretensão da colaboração premiada é obter, por meio da confissão, a verdade consensual ou verdade absoluta, pois, acaba por elevá-la em um postulado irrefutável, em conformidade com a essência do método inquisitivo.

Logo, a delação premiada acaba por gerar uma convicção acerca dos fatos apresentados pelo delator, hipótese que leva o órgão acusador a perseguir os fatos narrados, independente dos contra-argumentos e provas trazidos pelo réu.

Inclusive, não se pode admitir que a negociação, nestes termos, implemente condições de igualdades entre as partes, já que a vontade da acusação se sobrepõe a vontade da lei, na aplicação da pena, e o contraditório é esvaziado pela desigualdade de condições entre as partes.

Além disso, deve-se atentar para as respostas efetivas dos mecanismos consensuais, em contrapartida à real dificuldade acerca do aumento da criminalidade. A afirmação de que a justiça negocial e a colaboração premiada, são meios efetivos e eficazes para o combate à criminalidade, merece atenção, no sentido de que se corre o risco de estruturar o sistema objetivamente em um mercado, ou seja, os acordos passam a serem reconhecidos como regras de comércio, em que há uma oferta e uma contraoferta para se chegar em uma denominação comum.

Assim, não se tem efetivamente uma preocupação com o problema social da criminalidade, mas, uma preocupação com a imposição da pena para mascarar, por meio de encarceramentos, as verdadeiras causas.

Por outro lado, o Ministério Público, titular da ação penal incondicionada, não necessita mais produzir provas, visto que o imputado tem o dever de comprovar os fatos que incriminam terceiros, a fim de que a delação premiada tenha um grau mínimo de eficácia para que ocorra o procedimento de oferta e de contraoferta.

Deste modo, a estrutura de um sistema adversarial se mostra enfraquecida, no momento da inversão de papéis, com os quais as partes se submetem, pois, logicamente, não se tem resistência de um dos lados e o lado mais fraco acaba realizando unilateralmente todas as funções, metaforicamente, é como se um sujeito jogasse xadrez contra ele próprio.

Nesse ponto, segundo Gabriel Anitua, o que, realmente, está em jogo é o princípio do Estado de Direito, pelo fato de ser uma garantia para sociedade em geral, uma garantia individual, já que ocorre uma devastação destas garantias pelo avanço da justiça negocial⁶⁵.

Ainda, com relação ao argumento acerca da implementação de tratados internacionais de combates à criminalidade, cujo texto base permite a adoção dos métodos negociais⁶⁶, é substancial indagar que qualquer tratado necessita estar de acordo com a jurisdição estatal, especialmente e, neste ponto, não pode haver discordância, com as garantias constitucionais.

Desta forma, não há como permitir o avanço de qualquer instituto transnacional, diante do ordenamento interno, sem que haja filtros que impeçam a sua coalisão com direitos fundamentais.

Nessa empreitada, é preocupante o modo como as justificativas estão sendo manipuladas, até em teses jurisprudenciais, com o argumento de que direitos estrangeiros tem se utilizado do mesmo instrumento, além de ser uma tendência mundial inevitável.

Inclusive, segundo Canotilho⁶⁷ a colaboração premiada regulamentada pela Lei 12.850/2013 não se coaduna com outras realidades processuais de outros países sob o rótulo de justiça negociada. A título de exemplos os acordos penais na legislação alemã (§ 257c da StPO) ou o *patteggiamento* italiano (art. 444 do CPP italiano), são esquemas processuais penais que deixam de fora a delação ou incriminação de terceiros, haja vista que a confissão se trata de crimes próprios. Isto é, a atenuação da responsabilidade penal é reflexo da autoincriminação.

⁶⁵ ANITUA, Gabriel I. *Obra citada*, p. 60.

⁶⁶ Art. 26 da Convenção de Palermo e art. 37 da Convenção de Mérida.

⁶⁷ : CANOTILHO, J. J. Gomes; BRANDÃO, Nuno. Colaboração premiada: reflexões críticas sobre os acordos fundantes da Operação Lava Jato. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. Vol. 133. ano 25. p. 133-171. São Paulo: Ed. RT, jul. 2017. p. 144

Deste modo, as incongruências se estruturam com a finalidade de implementarem a barganha, objetivando a diminuição da resistência do acusado e esvaziando suas garantias fundamentais para, assim, imporem consequências evidentes, de modo que se passa a estar diante de um provável recrudescimento do processo. Ainda, é importante esclarecer que a colaboração premiada acarreta a expansão do poder punitivo do Estado, pois alcança o máximo de eficiência na resposta penal e com menor custo.

Em uma análise criminológica, o fenômeno pode servir de implementação para a aplicação do poder punitivo Estatal de classes mais vulneráveis, que já sofrem com o poder desenfreado e arbitrário do Estado. Ou seja, o instituto pode adquirir duas consequências: a) no tocante à crimes de colarinho branco, pode servir de meio para atenuar a pena e beneficiar o acusado; b) no tocante à crimes comuns, certamente, continuará servindo para punir exacerbadamente parcela da sociedade comumente perseguida penalmente, já que a punição é bem mais célere do que em comparação com a punição formulada dentro de um processo.

Ademais, umas das premissas e críticas se dá com a ineficácia do direito de defesa do imputado no momento em que se inverte a lógica de acusatório para a inquisitorial. Assim, se considerarmos que grande parte dos acusados penalmente não conseguem ter acesso a uma defesa de imediato, com a ampliação da justiça negociada e da colaboração premiada, muitos acordos serão feitos sob o manto da coação e do blefe, impedindo a atuação eficaz da defesa e, também, a utilização de garantias fundamentais, as quais, infelizmente, sofrem com a flexibilização em prol da punição.

No tocante à aplicação dos dispositivos inseridos na Lei 12.850/2013, a qual regulamentou os procedimentos a serem adotados para formulação de acordos, ela ainda não foi suficiente para inviabilizar a adoção de práticas arbitrárias, por parte do Estado.

Embora a legislação preceitue os limites dos benefícios que podem ser concedidos em uma colaboração premiada, o Estado tem realizado acordos no contexto da Operação Lava-Jato, em que se extrapola a lei e atenta-se contra o princípio da legalidade.

Na verdade, em atenção ao princípio da legalidade, possíveis exclusões ou atenuações de punições de colaboradores fundadas em acordos de colaboração só deveriam ser admitidas se estivessem previstas em lei.

Em contrapartida ao apontado anteriormente, o acordo de delação premiada celebrado com o acusado Alberto Yussef (Pet. 5.244 STF),⁶⁸ permitiu que nos crimes não abrangidos por eventuais sentenças condenatórias, transitadas em julgadas, as durações dos cumprimentos das penas fossem ditadas, ou seja, o Ministério Público Federal pactuou sua própria inércia na perseguição penal do réu colaborador em processos e inquéritos policiais pendentes ou futuros, como se vê:

(...) o Ministério Público Federal (MPF) propõe ao acusado, nos feitos acima especificados e naqueles que serão instaurados em decorrência dos fatos relevados por intermédio da presente colaboração, os seguintes benefícios legais, cumulativamente: (...) II. Logo após o trânsito em julgado das sentenças condenatórias que somem o montante mínimo de 30 (trinta) anos de prisão a que se refere a alínea anterior, a suspensão em relação exclusivamente ao Colaborador de todos os processos e inquéritos em tramitação perante a 13ª Vara Federal Criminal da Subseção Judiciária de Curitiba, **assim como daqueles que serão instaurados, inclusive perante outros juízos, em decorrência dos fatos revelados a partir da presente colaboração**, com a respectiva suspensão de todos os prazos prescricionais, por 10 (dez) anos. (...) § 2º Transcorrido o prazo de 10 (dez) anos sem a prática de fato pelo colaborador que justifique a rescisão deste acordo, voltarão a fluir os prazos prescricionais de todos os procedimentos suspensos nos termos do inciso II, até a extinção da punibilidade. (Grifos nossos).

A ilegalidade deste acordo é manifesta e não pode ser admitida perante o direito brasileiro. Porquanto, a Lei 12.850/2013 prevê, no § 2º do seu art. 4º, a possibilidade de suspensão do prazo para oferecimento da denúncia ou do próprio processo, contudo não se permite, uma suspensão incondicionada nos moldes do pacto acima descrito. Tal postura pode ser aceita?

Ademais, convive-se com incertezas acerca dos benefícios advindos da colaboração, caso esta não seja totalmente efetiva, qual postura deveria ser adotada? Se ocorrer alguma nulidade, as provas se mantêm intactas? Outro questionamento se dá no momento em que o órgão acusador oferece a proposta e aceita a contraproposta, assim, qual será o grau de discricionariedade do acusador? O acusador pode se retratar? Questão divergente diz respeito à vinculação do julgador a aos termos do acordo homologado anteriormente, ou este pode interferir na sanção do delator e pode alterar as cláusulas acordadas? E no caso de recurso, o tribunal pode modificar o benefício? No momento de imputação de crimes a terceiros, como assegurar o contraditório efetivo a fim de se evitar a verdade absoluta das provas produzidos pelo delator? Tais provas,

⁶⁸ Cláusula 5ª do acordo de colaboração premiada de Alberto Youssef. Disponível em: <<http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/wp-content/uploads/sites/41/2015/01/acordodela%C3%A7%C3%A3oyoussef.pdf>>. Acesso em 02.06.2018.

se eivadas de vícios, podem ser impugnadas? Nessa esteira, como impugnar eventual acordo eivado de vícios?⁶⁹

Notório observar que o contexto da lava jato foi substancial para o crescimento e fortalecimento do instituto de delação premiada no país. Nestes termos, o professor Diogo Malan entende que a delação se relaciona fielmente com as teses do inimigo de Jakobs, ao suprimir garantias constitucionais⁷⁰.

Do mesmo modo, cabe indagar sobre a imparcialidade do magistrado no contexto da lava jato. Verifica-se que com os vazamentos realizados pelo portal “The Intercept Brasil”, a atuação do grande responsável pela condução da lava jato, o Juiz Sérgio Moro, era em colaboração com os procuradores do Ministério Público Federal⁷¹ e, ainda, com os delegados da Polícia Federal⁷². Portanto, na linha do entende Gustavo de Souza Preussler, a lava jato é um verdadeiro combate ao inimigo, na medida em que reflete a diminuição de garantias constitucionais, inclusive, com a imparcialidade do juiz⁷³.

Portanto, ainda que se entenda o contrário a respeito da condição dos corruptos como inimigos, merece destaque toda a estrutura feita com a ascensão da lava jato e na sua influência para desapareço pelos princípios e garantias constitucionais do imputado.

Pode-se argumentar que o inimigo em Jakobs não poderia ter nem condições de celebrar um acordo com a acusação, nos moldes do que prega a delação premiada. No entanto, até que ponto o véu da ignorância vai reinar sobre os vários abusos que vem sendo legitimados em prol de combate a um inimigo maior?

⁶⁹ VASCOCELLOS, Vinicius Gomes de. **Colaboração premiada no processo penal**. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. p. 15-16.

⁷⁰ MALAN, Diogo. Processo penal do inimigo. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. Vol. 14, n. 59, 2006, p. 231

⁷¹ MARTINS, Rafael; SANTI, Alexandre; GREENWALD, Glenn. Parte 4: **Moro sugeriu trocar a ordem de fases da Lava Jato, cobrou novas operações, deu conselhos e pistas e antecipou ao menos uma decisão, mostram conversas privadas ao longo de dois anos**. Disponível em:

<<https://theintercept.com/2019/06/09/chat-moro-deltan-telegram-lava-jato/>>. Acesso em: 10 Out 2019.

⁷² GREENWALD, Glenn; LINHARES, João. Parte 22: **Conversas entre procuradores e delegados da PF mostram como Sergio Moro dava orientações e participava de reuniões para definir detalhes de operações**. Disponível em: <<https://theintercept.com/2019/10/19/sergio-moro-policia-federal-lava-jato/>>. Acesso em: 10 nov 2019.

⁷³ PREUSSLER, Gustavo de Souza. Combate à corrupção e a flexibilização das garantias fundamentais: a operação Lava Jato como processo penal do inimigo. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. Vol. 25, n. 134, 2017, p. 88.

Como já se sabe, o combate à corrupção não se dá com o Direito Penal, nas estruturas primárias existem problemas que formam os corruptos e uma sociedade que não consegue dialogar ou chegar próximo de preceitos morais que direcionem a formação do caráter dos cidadãos, não tem como vencer ou diminuir a incidência de crimes em que o individualismo reina sob o coletivo.

CONCLUSÃO

Diante dos grandes acontecimentos dentro do cenário brasileiro em que se passou a ter a necessidade de verificar as ações resultantes do combate ao crime de corrupção, a grande mídia trouxe como pertinente o assunto acerca da relativização de direitos e garantias ao se enxergar os corruptos como inimigos, a espetacularização certamente serviu de alicerce para que medidas radicais fossem aceitas como normais para se alcançar um determinado fim.

Destaca-se que a tese de Günther Jakobs serviu avaliar em que medida o político poderia vir a ser considerado o novo inimigo do direito penal brasileiro. Nas devidas proporções, a tese do penalista alemão encaixa-se com a política moderna de legitimação de medidas inconsistentes com o Estado Democrático de Direito, sob o manto de que as novas demandas sociais exigem respostas duras do Estado.

No entanto, como destacado no presente trabalho, as consequências de se considerar certos sujeitos como inimigos, é a de que todos são atingidos pelas ações que diminuem a incidências de determinados direitos e garantias constitucionais.

A mudança de entendimento, em 2016, a respeito da prisão antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, ainda que em novembro deste ano o STF tenha mudado novamente o seu posicionamento, demonstra como a ânsia pela punição consegue subverter o entendimento consolidado sobre um princípio constitucional. Ressalta-se que a questão ainda está longe de ser totalmente definida, pois nos próximos anos, com a aposentadoria de alguns ministros do Supremo Tribunal Federal, pode vir a ser modificado tal entendimento.

Além disso, a inserção da justiça negocial, por meio da fortificação da delação premiada, demonstra que o processo penal brasileiro igualmente pode vir a sofrer significativa diminuição para que atenda a demanda da punição sem burocracias.

Portanto, o cenário brasileiro passou por grandes modificações e, no atual momento, busca-se colocar no Direito Penal as respostas para problemas estruturais do país. Em nenhum momento, como já destacado aqui, verificou-se que a pena tem a função de reordenar o pensamento de uma sociedade para questões éticas e morais. A corrupção nunca poderá ser vencida em uma sociedade egoísta, consumista, competitiva, pois ela está incorporada como valor social

e legitimada em vários aspectos, ou seja, somos corruptos mesmo sem termos cometido um crime de alto valor econômico.

Logo, a coação advinda do Direito caracteriza a falência da sociedade para solucionar problemas que estão dentro do convencimento racional, pautado na ética.

Por isso, imprescindível notar que somos seres plurais e complexos, portanto, reducionismos não servem para entender como funciona a estrutura humana em sociedade. Necessário averiguar as ramificações que as sociedades possuem, entender quem quer ser ouvido, buscar interiorizar comportamentos éticos pautados numa racionalidade coletiva e não individualista. Talvez o maior mal do mundo seja a adoção de um sistema que divida a sociedade em várias castas homogêneas e sem vida, mas, não quer dizer que precisamos absorver tudo sem luta.

REFERÊNCIAS

ANITUA, Gabriel I. *La importación de mecanismos consensuales del proceso estadounidense, en las reformas procesales latinoamericanas*. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, v.1, 2015. p. 44-45.

BADARÓ, GUSTADO. O “colaborador premiado” como figura específica da persecução penal e a necessidade de um regime legal próprio: os problemas da instrução e a ordem de apresentação dos memoriais. **Conjur**. 24 de Set. de 2019. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/artigo-colaborador-premiado-gustavo.pdf>>. Acesso em 26 de Ago. de 2019.

BETIM, FELIPE. Witzel usa operação contra sequestrador para justificar ações indiscriminadas em favelas, **El País**, Brasil, 21 de ago. de 2019. Disponível em: <https://brasil.el-pais.com/brasil/2019/08/20/politica/1566323586_607069.html>. Acesso em: 16 de Set de 2019.

BRASIL. **10 Medidas Contra a Corrupção: conheça as medidas**. Disponível em: <<http://www.dezmedidas.mpf.mp.br/apresentacao/historico>>. Acesso em: 5 de nov. de 2019.

_____. **Constituição (1998)**. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 09 nov. 2019.

_____. **HABEAS CORPUS 126.292**. Ministro Luís Roberto Barroso. Voto. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/arquivos/2016/5/art20160511-04.pdf>>. Acesso em: 11 nov 2019

_____. **Habeas Corpus 164.494**. Disponível em: <<https://lula.com.br/wp-content/uploads/2019/06/Doc.-02-Inicial-do-HC-de-suspeic%C3%A7%C3%A3o.pdf>>. Acesso em: 13. nov. 2019.

_____. **Lei. nº. 12.850**, de 02 de ago 2013. Organização criminosa. In: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 16 de Set de 2019.

BRASIL. STF, Pleno, **Habeas Corpus 84.078**, rel. Min. Eros Grau, julgamento 05.02.2009, publicação 26.02.2010.

_____. STF, Pleno, **HC 126.292/SP**, Rel. Min. Teori Zavascki, j. 17/02/2016, DJe 100 16/05/2016.

CABEZUDO RODRIGUEZ, Nicolás. El Ministerio Público y la justicia negociada en los Estados Unidos de Norteamérica. Granada: Comares, 1996, p. 111. In: ANITUA, Gabriel I. *La importación de mecanismos consensuales del proceso estadounidense, en las reformas procesales latinoamericanas*. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, v.1, 2015. p. 54.

CANDIOTTO, Cesar. **Disciplina e segurança em Michel Foucault: a normalização e a regulação da delinquência**. *Psicol. Soc.*, Belo Horizonte, v. 24, n. spe, p. 18-24, 2012. Available from <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_art-text&pid=S010271822012000400004&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 10 Nov. 2019.

CANOTILHO, J. J. Gomes; BRANDÃO, Nuno. Colaboração premiada: reflexões críticas sobre os acordos fundantes da Operação Lava Jato. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. Vol. 133. ano 25. p. 133-171. São Paulo: Ed. RT, jul. 2017. p. 144

CARVALHO, SALO. Política de guerra às drogas na América latina entre o direito penal do inimigo e o estado de exceção permanente. **Revista Crítica Jurídica** - Nº 25, Jan/Dez 2006, p. 253-267. Disponível em: <<http://revistas.unibrasil.com.br/cadernosjuridico/index.php/juridico/article/view/5>>. Acesso em: 16 de Set. de 2019.

CHRISTOFOLETTI, Rogério. Riscos Éticos Em Tempos De Delações, Vazamentos E Clamor Pela Transparência. **Brazilian Journalism Research** - Volume 12 - Número 2 – 2016, p. 58-77. Disponível em: <<https://bjr.sbpjor.org.br/bjr/article/view/889/783>>. Acesso em : 17 de Set. de 2019.

CONDE, Francisco. As Duas Faces De Edmund Mezger. **Revista Justiça e Sistema Criminal**, v. 5, n. 8, p. 9-24, jan./jun. 2013. Disponível em: <http://www.sistemacriminal.org/site/files/Revista_n_8.pdf#page=9>. Acesso em: 20 set. 2019.

CONDE, Francisco. As Origens Ideológicas do Direito Penal do Inimigo. **Revista Justiça e Sistema Criminal**, v. 3, n. 4, p. 7-32, jan./jun. 2011. Disponível em: <http://www.sistemacriminal.org/site/images/revistas/Revista_n.4.pdf#page=7>. Acesso em: 19 set. 2019.

D'ÁVILA, FABIO. Liberdade e segurança em direito penal. O problema da expansão da intervenção penal. **Revista Eletrônica de Direito Penal AIDP-GB** Ano 1, Vol 1, Nº 1, Junho 201. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redpenal/article/view/7142/5118>>. Acesso em: 16 de Set de 2019.

D'URSO, Luiz. A prisão em segunda instância nos tempos de "lava jato". *Conjur*. 2017. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-jul-26/opinio-prisao-segunda-instancia-tempos-lava-jato>>. Acesso em: 12 nov 2019.

ELÍDIO, Tiago. **A perseguição nazista aos homossexuais = o testemunho de um dos esquecidos da memória**. 2010. 95 f. Dissertação (mestrado) - Universidade Estadual de Campinas, Instituto de Estudos da Linguagem, Campinas, SP. Disponível em: <<http://www.repositorio.unicamp.br/handle/REPOSIP/270289>>. Acesso em: 19 set. 2019.

ESTEFANÍA, JOAQUÍN. Mas quem é essa nova direita que ganha espaço pelo mundo?, **El País**, Brasil, 24 de mar. de 2019. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/brasil/2019/03/22/opinion/1553264899_947348.html>. Acesso em: 15 de Set de 2019.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. Trad. Ana Paula Zomer Sica [et al.]. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

FOUCAULT, M. (1975). **Vigiar e Punir. História da Violência nas Prisões**. Trad. bras. Raquel Ramallete. 18ª. Ed. Petrópolis: Vozes, 1987.

GRECO, LUÍS. Sobre o chamado direito penal do inimigo. **Revista da Faculdade de Direito de Campos**, Ano VI, Nº 7 - Dezembro de 2005, p. 211-247. Disponível em: <<http://www.fdc.br/Arquivos/Mestrado/Revistas/Revista07/Docente/07.pdf>>. Acesso em: 16 de Set. de 2019.

GREENWALD, Glenn; LINHARES, João. Parte 22: **Conversas entre procuradores e delegados da PF mostram como Sergio Moro dava orientações e participava de reuniões para definir detalhes de operações.** Disponível em: < <https://theintercept.com/2019/10/19/sergio-moro-policia-federal-lava-jato/>>. Acesso em: 10 nov 2019.

HOLSTON, JAMES. **Cidadania Insurgente: Disjunções da Democracia e da Modernidade no Brasil.** Tradução Claudio Carina. Revisão Técnica Luísa Valentini. 1ª ed. São Paulo. Companhia da Letras, 2013.

JÚNIOR, JOSÉ. A Ineficácia da Pena Privativa de Liberdade e a Intervenção Mínima do Direito Penal. **Revista Justiça e Sistema Criminal**, v. 3, n. 4, p. 189-206, jan./jun. 2011. Disponível em: <http://www.sistemacriminal.org/site/images/revistas/Revista_n.4.pdf#page=7>. Acesso em: 18 de Set. de 2019.

LANGBEIN, John. Sobre el mito de las constituciones escritas: La desaparición del juicio penal por jurados. In: *Nueva Doctrina Penal*, Buenos Aires, del Puerto, tomo 1996/A (trad. del original que no menciona año, C. Curtis y A. Bovino), p. 47. In: ANITUA, Gabriel I. *La importación de mecanismos consensuales del proceso estadounidense, en las reformas procesales latinoamericanas.* **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, v.1, 2015. p. 51.

LOPES Jr, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional.** Vol. 2. 7 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 56.

LUHMANN. *Das Recht der Gesellschaft.* 1993, p. 8. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; BRANDÃO, Nuno. Colaboração premiada: reflexões críticas sobre os acordos fundantes da Operação Lava Jato. **Revista Brasileira de Ciências Criminais.** Vol. 133. ano 25. p. 133-171. São Paulo: Ed. RT, jul. 2017. p. 139

MAGALHÃES, JOSÉ. **Reflexões Contemporâneas: corrupção. Legis Augustus.** Rio de Janeiro. v. 3, n. 2, p. 53-66, jul./dez. 2012. Disponível em: <http://apl.unisuam.edu.br/revistas/index.php/legisaugustus/article/view/282>. Acesso em: 15 de Set de 2019.

MALAN, Diogo. Processo penal do inimigo. **Revista Brasileira de Ciências Criminais.** Vol. 14, n. 59, 2006, p. 231.

MARTINS, Rafael; SANTI, Alexandre; GREENWALD, Glenn. Parte 4: **Moro sugeriu trocar a ordem de fases da Lava Jato, cobrou novas operações, deu conselhos e pistas e antecipou ao menos uma decisão, mostram conversas privadas ao longo de dois anos.** Disponível em: <<https://theintercept.com/2019/06/09/chat-moro-deltan-telegram-lava-jato/>>. Acesso em: 10 Out 2019.

MORO, Sérgio. **Ministério da Justiça e Segurança Pública: pacote anticrime.** Página inicial. Disponível em: < <https://www.justica.gov.br/seus-direitos/elaboracao-legislativa/projetos/anticrime-1>> Acesso em: 16 de Set de 2019.

PASTANA, Débora. Contornos do Estado Punitivo no Brasil. **Revista da Faculdade de Direito Ufpr.** Curitiba. v. 46, p 207-221. 2007. Disponível em: <<https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/14981>>. Acesso em: 16 de Set de 2019.

PRADO, Geraldo. Operación Lava Jato Y El Debido Proceso Legal: Opinión Jurídica Ante El Tribunal Europeo De Derechos Humanos. **Revista del Poder Judicial del Estado de Nuevo León**. Julio / Diciembre 2018 3.a Época Año 6 Número 12. P. 56-107. Disponível em: <https://www.academia.edu/39517693/Operacion_Lava_Jato_Judicatus_y_la_imparcialidad_del_juez>. Acesso em: 10 nov. 2019.

PREUSSLER, Gustavo de Souza. Combate à corrupção e a flexibilização das garantias fundamentais: a operação Lava Jato como processo penal do inimigo. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. Vol. 25, n. 134, 2017, p. 88.

SANTOS, Juarez. **O direito penal do inimigo – ou o discurso do direito penal desigual**. Disponível em: <http://icpc.org.br/wp-content/uploads/2012/05/direito_penal_do_inimigo.pdf>. Acesso em: 25 set. 2019.

VASCOCELLOS, Vinicius Gomes de. **Colaboração premiada no processo penal**. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

VASCONCELLOS, Vinicius G. **Barganha e justiça criminal negocial: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro**. São Paulo: IBCCrim, 2015.

WACHELESKI, MARCELO. Comemoramos a morte e fracassamos como projeto de sociedade constitucional. **Justificando**. 21 de ago. de 2019. Disponível em: <<https://www.justificando.com/2019/08/21/comemoramos-a-morte-fracassamos-como-projeto-de-sociedade-constitucional/>>. Acesso em: 16 de Set de 2019.

WACQUANT, Loïc. 1999. **As Prisões da Miséria**. Paris: Raisons d'Agir. 190 pp.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo no direito penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2007.